

Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (1998). Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht: Over het gedetermineerd verleden en de postmoderne toekomst van het privaatrecht. *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 27, 10-38.

Document status and date:

Published: 01/01/1998

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Verschenen in: Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie 27 (1998), p. 10-38.

Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht

Over het gedetermineerd verleden en de postmoderne toekomst van het privaatrecht

J.M. Smits

1. Inleiding

Dat het contractenrecht in beweging is, is bepaald geen nieuws. Reeds meer dan honderd jaar wordt vrijwel onafgebroken gediscussieerd over de grondslag van de contractuele gebondenheid, over de beginselen waardoor het contractenrecht wordt beheerst en over de plaats van dat recht in de maatschappij. Ook meer praktische vragen als die naar de 'leer' van de rechtvaardige prijs, de aanvaarding van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en de vormgeving van de niet-nakoming waren of zijn onderwerp van debat.

Eén ding is daarbij opvallend. Waar de rechtsgeleerde literatuur doorgaans wordt gekenmerkt door een hoge mate van inspelen op praktische en actuele vragen, daar wordt in het contractenrecht doorgaans op een veel abstracter niveau gedebatteerd. Waar genoemde onderwerpen aan de orde komen, geschiedt dat namelijk steeds vanuit meer *algemene* opvattingen over wat het contractenrecht 'eigenlijk' is of zou moeten zijn. Of men nu de weergave van de beginselen van het contractenrecht in het deel overeenkomstenrecht in de belangrijkste Nederlandse handboekenserie neemt,¹ of de bestrijding van dat klassieke model door 'moderne' auteurs,² steeds wordt getracht om een alomvattende theorie te bieden, *die vervolgens kan worden toegepast op praktische problemen*. Bij de onrechtmatige daad of in het goederenrecht ontbreekt die behoefte aan een alomvattende structuur bijna geheel. Het contractenrecht lijkt daarmee een van de meest dankbare onderwerpen voor abstracte beschouwingen te zijn.³

Dit vastberaden geloof in de kracht van algemene theorieën is echter niet alleen opmerkelijk omdat theorievorming *in die mate* bij veel andere onderdelen van het (privaat)recht ontbreekt. Wat ook verbaast, is dat waar geen der tot nu toe voorgestelde theorieën (noch de klassieke, noch de nieuwere) op algemene instemming heeft kunnen rekenen, niet de consequentie is getrokken dat de pretentie van een *algemeen contractenrecht*, gevormd door voor *alle* overeenkomsten geldende grondslagen en beginselen, als zinloos moet worden opgegeven. Ligt immers niet voor de hand dat de oorzaak van het niet vinden van die uniforme theorie, daarin ligt dat een dergelijke leer eenvoudigweg niet bestaat? En als dat zo is, moet dan niet de pretentie dat één uniform en consistent, dus door dezelfde beginselen gekenmerkt, contractenrecht kan bestaan, worden verlaten?⁴ Bij eerste beschouwing lijkt immers merkwaardig dat algemene beginselen van contractenrecht - welke dat ook zijn - een enorme variëteit aan situaties zouden moeten dekken: van de bouw van een nieuw voetbalstadion via het kopen van een buskaartje tot een samenlevingscontract.⁵

¹ Asser-Hartkamp II, Algemene leer der overeenkomsten, 10de dr., Deventer 1997.

² Zie noot 15.

³ Robert A. Hillman, *The Richness of Contract Law*, Dordrecht 1997, benadrukt de rijkdom van die veelheid aan theorieën; vgl. John Wightman, *Contract: A Critical Commentary*, London 1996, p. 13: 'Contract is unusual in having an integrated structure which fits all the various topics together as aspects of the same thing'.

⁴ Dennis M. Patterson, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Wisconsin LR 1991, p. 1432 v.: 'We might be better off dropping the question'.

⁵ Vgl. Wightman, o.c., p. 10.

Dit preadvies stelt de vraag aan de orde of de gedachte van een *algemene*, en daarmee uniforme en consistente, contractenleer (hetzij van klassieke snit, hetzij van moderne auteurs) niet inderdaad heeft afgedaan. Die vraag is om twee redenen fundamenteel. In de eerste plaats wordt met de beantwoording ervan inzicht verschaft in het karakter van het huidige contractenrecht zelf. Zou immers het 'algemeen deel' van het contractenrecht geen bestaansrecht meer hebben, dan is het bijzonder onjuist en verhullend om te pretenderen - zoals thans geschiedt - dat de algemene regels ten grondslag liggen aan de bijzondere overeenkomsten. De 'gids' van het algemeen deel is dan niet alleen betrekkelijk onbetrouwbaar voor de praktijk, maar bovendien zouden de theorieën daaromtrent abstracte hersengymnastiek blijven en zouden studenten weinig nuttige concepten bestuderen. Zou het antwoord op de zojuist gestelde vraag bevestigend luiden, dan zou ieder contracttype onderworpen zijn aan eigen regels zonder dat een overkoepelend geheel van beginselen kan worden aangewezen. *Het* algemeen contractenrecht zou slechts een 'droit commun des amphithéâtres et des livres'⁶ zijn.

In de tweede plaats is er een rechtstheoretisch belang betrokken bij de gestelde vraag: het huidige contractenrecht, met zijn nadruk op consistentie en algemene principes, staat model voor een recht van de 'grote waarheden'. Onlangs is opgemerkt dat naar strakke theorie gemodelleerde rechtssystemen niet meer van deze tijd zijn omdat de steeds diverser wordende werkelijkheid daardoor tezeer wordt beknot.⁷ Is in het huidige 'postmoderne' tijdperk wellicht sowieso een einde gekomen aan algemene theorie en moeten wij ons daarom gaan richten op het 'locale', op het bijzondere van afzonderlijke gevallen, zoals door onder meer Lyotard en Geertz wordt beweerd?⁸ Op een metaniveau wordt de contractenrechtelijke vraag dan ook veralgemeniseerd tot die of algemene theorie alternatieve visies op de werkelijkheid niet tezeer reduceert en of dat niet al *om die reden* het einde van de algemene rechtsleer inluidt. Een bevestigend antwoord zou niet alleen consequenties hebben voor het karakter van het recht, maar ook voor het juridisch onderwijs.

De zojuist gestelde vragen zijn in de Nederlandse literatuur bijna niet bediscussieerd. Omdat dit in het buitenland anders is, wordt hier veelvuldig verwezen naar Amerikaanse en in mindere mate naar Franse en Engelse literatuur. Nu het preadvies in hoge mate betogend van aard is, is een heldere structuur van groot belang. Die bestaat hieruit dat in paragraaf 2 *convergerende* tendensen worden geschetst: hoe heeft een algemeen contractenrecht kunnen ontstaan en welke is de (rechts)filosofische achtergrond daarvan? Vervolgens komen in paragraaf 3 *divergerende* tendensen aan de orde. In de resterende paragrafen wordt, mede aan de hand van rechtsfilosofische argumenten, voortgeborduurd op de toenemende divergentie en worden in beperkte mate ook bestuursrecht en Europees privaatrecht in het betoog betrokken.

2. De ontwikkeling naar een algemeen contractenrecht: toenemende uitbreiding

2.1 Heersende leer

Onomstreden is de idee dat er een aantal beginselen en leerstukken is dat gelijkelijk geldt voor *alle* overeenkomsten. Het BW 1992, met de invoering waarvan de systematisering van het Nederlands privaatrecht na een lange wordingsgeschiedenis voorlopig is voltooid, vormt de apotheose: de daarin neergelegde gelaagde structuur impliceert dat algemene bepalingen over de rechtshandeling in Boek 3 (Vermogensrecht in het algemeen) voorafgaan aan specifieke bepalingen over de overeenkomst in Boek 6 (Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht), Titel 5 (Overeenkomsten in het algemeen), en aan nog specifiekere bepalingen in Boek 7 (Bijzondere overeenkomsten) en in Boek 8. De regeling van rechtshandeling en overeenkomst samen vormt de algemene leer der overeenkomsten, die geldt waar

⁶Aldus Éric Savaux, *La théorie générale du contract, mythe ou réalité?*, Paris 1997, p. 300.

⁷Pierre Legrand, *Against a European Civil Code*, MLR 60 (1997), p. 54-55: 'capacity to limit alternative visions of social life'.

⁸Jean-François Lyotard, *La Condition Postmoderne; rapport sur le savoir*, Paris 1979 en Clifford Geertz, *Local Knowledge*, New York 1983.

daarvan in de bijzondere regeling niet wordt afgeweken.

Ook in de handboeken wordt het contractenrecht tegenwoordig consequent behandeld als een geheel van algemene en bijzondere regels: de premisse van ieder handboek, en daarmee ook van het juridisch onderwijs, is dat een consistent, dus niet innerlijk tegenstrijdig, en uniform *algemeen* contractenrecht aan de basis staat van ieder afzonderlijk contracttype, dat in beginsel door dat algemene recht wordt beheerst. Representatief is A.S. Hartkamps (maar op dit punt in wezen L.E.H. Rutten⁹) bewerking van het verbintenissenrecht in de Asser-serie. Deel II is gewijd aan de 'Algemene leer der overeenkomsten',¹⁰ waarin na een bespreking van 'de overeenkomst als algemeen begrip', de *algemene* beginselen en leerstukken van het contractenrecht aan de orde komen. In andere moderne handboeken is dit niet anders.¹¹

Deze nadruk op het algemene deel in wetgeving en literatuur lijkt vanzelfsprekend. Indien de wilsgebreken enkel zouden zijn geregeld bij de koopovereenkomst, zou dat bijv. betekenen dat onzekerheid bestaat over de *analoge* toepasselijkheid van die regeling op andere overeenkomsten of zelfs andere rechtshandelingen. Naast efficiëntie (bij de bijzondere overeenkomsten behoeven alleen de afwijkende bepalingen opgenomen te worden) is een reden voor de wetgever om een algemeen deel te creëren dan ook het opheffen van onzekerheid en creëren van doorzichtigheid.¹² In de literatuur is het (naast het eenvoudige volgen van de wet) vooral de wens een zo logisch mogelijke opbouw van de rechtsstof te bieden die deze structuur bepaalt.¹³

Waaruit bestaat deze algemene contractenleer nu materieel? Mijns inziens uit de componenten van een structuur en beginselen. Het contractenrecht is gestructureerd naar de chronologie van de overeenkomst zelve: het omvat regels over achtereenvolgens totstandkoming, inhoud en uitvoering. Die structuur wordt aangehouden bij alle typen contracten, dus ook bij die waar de totstandkoming bestaat in de simpele overgave van de zaak (zoals bij de reële contracten) of waar de inhoud grotendeels van dwingend recht is (zoals bij de pachtovereenkomst): de chronologie geldt uniform. Daarnaast wordt het contractenrecht beheerst door drie beginselen: consensualisme, bindende kracht en contractsvrijheid.¹⁴ Ook deze worden als geldend voor alle overeenkomsten gepresenteerd. Bovendien vormen zij een consistent geheel: iedere overeenkomst met *deze* gewenste inhoud is in beginsel bindend voor partijen omdat de wil daartoe in vrijheid is gevormd. Zo vormen de drie beginselen samen in de heersende leer het fundament van het overeenkomstenrecht.

Is dit de heersende opvatting, ook alternatieve visies op contractuele gebondenheid worden als algemeen en consistent gepresenteerd. De rechtseconomische benadering zoekt de eenheid bijvoorbeeld in *de* efficiency van de markt. Anderen noemen een combinatie van beginselen, *de* goede trouw, *de* verklaring of *de* causa als grondslag van gebondenheid.¹⁵

⁹Indeling, titels van hoofdstukken en de bespreking van de beginselen zijn sinds 1954 niet essentieel veranderd. Zie Mr. C. Asser's etc., Derde deel: Verbintenissenrecht - tweede stuk: de overeenkomst en de verbintenis uit de wet, bew. door L.E.H. Rutten, Zwolle 1954. Zie bijv. ook: id., tweede druk, Zwolle 1961, p. 25 v.

¹⁰Asser-Hartkamp II, o.c., no. 8 v.; vgl. no. 77 en no. 1: 'Wij zullen ons derhalve in dit boek bezighouden met de voor alle obligatoire overeenkomsten geldende bepalingen'.

¹¹Bijv. Bloembergen c.s., Rechtshandeling en overeenkomst, Deventer 1995, vgl. no. 11; A. Pitlo, Algemeen Deel van het Verbintenissenrecht, 8ste dr. door M.F.H.J. Bolweg, Arnhem 1979; L.C. Hofmann, De algemeene leer der verbintenissen, Leiden 1930 en L.C. Hofmann, Het Nederlands Verbintenissenrecht: De algemene leer van de verbintenissen, eerste gedeelte; eerste stuk door S.N. van Opstall, bijv. 9de dr., Groningen 1976, p. 1, waar sprake is van een 'Algemene Leer van de Verbintenissen'. Abas bespreekt in navolging van Rutten dezelfde drie beginselen, maar aangevuld met het 'billijkheidsbeginsel': L.C. Hofmann, Het Nederlands verbintenissenrecht; de algemene leer van de verbintenissen, deel 1, tweede gedeelte, 9de dr. bewerkt door P. Abas, Groningen 1977, p. 11 v.

¹²Zie PG Boek 3, Deventer 1981, p. 157-158 (TM) en Boek 6, id., p. 47 (MvA).

¹³Voor de redengeving zie men ook S. van Brakel, Leerboek van het Nederlandsche Verbintenissenrecht, 3de dr., Eerste deel, Zwolle 1948, p. 352.

¹⁴Vgl. Asser-Hartkamp II, o.c., no. 34 v.

¹⁵Resp. (bijv.) Anthony T. Kronman en Richard A. Posner, The Efficiency of Contract Law, Boston 1979; J.H. Nieuwenhuis, Drie beginselen van contractenrecht, diss. Leiden 1979; J.M. van Dunné, Normatieve uitleg van rechtshandelingen, diss. Leiden 1971; Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, diss. Leiden 1988; J.M. Smits, Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid, diss. Leiden 1995.

De ontwikkeling naar dit algemeen en consistent contractenrecht moet hier genuanceerd worden geschetst om een juist inzicht te verkrijgen in de rechtstheoretische achtergrond. Het zijn namelijk vooral *filosofische* invloeden geweest die de opkomst van het algemeen contractenrecht verklaren; een kritische waardering ervan kan alleen op eerlijke wijze geschieden indien de achtergrond bekend is. Drie convergerende tendensen worden hier onderscheiden. De eerste twee worden gedreven door de wens van rationalisering. Behalve de invloed van het Verlichtingsdenken (o.a. uitmondend in de Duitse Pandektistiek), wordt voor Nederland apart de rechtsopvatting van E.M. Meijers en diens invloed op het nieuw BW genoemd. Een korte historische schets is verantwoord omdat deze in Nederland nog niet gegeven werd vanuit het perspectief van de ontwikkeling van dit 'Modernisme'.¹⁶ Ten derde is er een tweetal recente tendensen, die onder één noemer kunnen worden gebracht omdat het contractenrecht daar wordt gebruikt om een gewenst 'politiek' doel te bereiken.

2.2 Eerste convergerende tendens: Modernisme

Bekend is dat het contractenrecht zoals dat in het Romeinse recht en in het gerecipieerde recht tot in de zestiende eeuw bestond, werd gekenmerkt door de aanwezigheid van vele aparte contracttypen.¹⁷ Slechts wanneer een overeenkomst tot een dergelijk type behoorde, kon de crediteur nakoming vorderen. Dat betekende dat reële contracten (zoals verbruikleen en inbewaargeving) stonden *naast* consensuele (zoals koop, huur en maatschap), mondelinge (stipulatio) en schriftelijke contracten (overboeking). Ieder contracttype werd gekenmerkt door *eigen* regels; algemene regels bestonden niet, laat staan dat als algemeen beginsel werd erkend dat *alle*, eenmaal gesloten, overeenkomsten (*pacta nuda*) afdwingbaar waren. Het Romeinse recht kende met andere woorden geen algemeen contractenrecht. De vraag of genoemde typen iets gemeenschappelijks hadden, kwam eenvoudigweg niet op.¹⁸

Deze diversiteit verdween gestaag ná 1600. Interessant is dat dit geschiedde onder invloed van algemene filosofische denkbeelden. Voorafgegaan door Humanistische invloed van auteurs als Donellus (1527-1591) en Cujacius (1522-1590), was het vooral Descartes (1596-1650) die met zijn *Discours de la Méthode* (1637) de grote stoot gaf tot een Modernistisch wereldbeeld. Descartes en zijn geestverwanten streefden immers niet alleen een bereiken van absolute zekerheid na op het terrein van de natuur (Galilei, Newton) en de staatsleer (Hobbes), maar zij wilden de *gehele* werkelijkheid *more geometrico* systematiseren. Dat impliceerde dat alle niet relevante ('willekeurige') details zouden worden geëlimineerd van de contingente periode waarin deze bestonden: aldus konden beginselen worden losgemaakt van hun context en kon aan deze een universeel karakter worden gegeven.¹⁹ Toulmin noemt dit losmaken van problemen van hun bijzondere situering 'in ruimte en tijd'²⁰ een typisch kenmerk van de 'theorie-centrische' filosofie van het Modernisme.²¹ Van Peursen spreekt van een metafysische speurtocht naar 'rede, eenheid en universaliteit van waarden, wetten en kennis'.²²

Het recht bleef hierdoor niet onaangeroerd. Beïnvloed door Aristoteles en Thomas van Aquino²³ werd vanaf de late Spaanse Scholastiek, en voortgezet door Hugo de Groot (1583-1645) en Samuel Pufendorf (1632-1694), onder de *afzonderlijke* contracttypen een *algemene* theorie geschoven. Volgens de mathematische methode werd een axiomatisch systeem van natuurrecht ontwikkeld, dat aanspraak

¹⁶Zie evenwel meer algemeen J.M. Smits, *Privaatrecht en postmodernisme*, *Recht & Kritiek* 23 (1997), p. 155 v.

¹⁷Zie Robert Feenstra, *Pact and Contract in the Low Countries from the 16th to the 18th century*, in: Barton (ed.), *Towards a General Law of Contract*, Berlin 1990, p. 197 v. en vooral James Gordley, *Natural Law Origins of the Common Law of Contract*, in: idem, p. 367 v.

¹⁸Vgl. Gordley, o.c., p. 372, die zegt: 'The Romans had worked out these rules ad hoc without trying to explain why a given transaction should be binding on consent, on delivery, or through a formality'.

¹⁹Stephen Toulmin, *Cosmopolis; The Hidden Agenda of Modernity*, New York 1990, p. 31 v.

²⁰Toulmin, o.c., p. 22 v.

²¹Toulmin, o.c., p. 11.

²²C.A. van Peursen, *Na het postmodernisme*, 6de dr., Kampen 1995, p. 21. Vgl. Clifford Geertz in: *The Limits of Pluralism; neo-absolutism and relativism*, Amsterdam 1994, p. 168: 'Enlightenment Rationalist Fundamentalists, like other sorts of fundamentalists, believe in only a few things, but those they believe in very hard'.

²³Gordley, o.c., p. 372: 'The reason the late scholastics asked the questions they did is that they were trying to apply to Roman law what they had learned about human obligations from Aristotle and Thomas Aquinas'.

wenste te maken op absolute gelding. Van der Walt heeft over dit 'rederecht' opgemerkt:²⁴

'Many theorists wanted to ensure that choices among competing rights are constrained by clear and unambiguous principles, so that judicial judgment could be separated from the uncertainties of political rhetoric and metaphysical theory. The lawyers of the Enlightenment were, in a word, looking for a legal science in which certainty was guaranteed through method. Ever since the Enlightenment this implied that the legal story (...) would have to be transformed from a religious fable into a scientific dissertation'.

Essentieel voor een juist begrip van het huidige contractenrecht is nu dat deze speurtocht naar 'rede, eenheid en universaliteit' die in de zestiende eeuw werd ingezet, nog altijd voortduurt. Het 'project' van de Verlichting²⁵ bestaat nog altijd waar ook thans wordt gezocht naar *rationele* beginselen die voor het *gehele* contractenrecht gelden en die *permanente* gelding hebben. Het is dan niet eens relevant *welke* beginselen dat zijn. Dat bijvoorbeeld een beginsel als dat van de afdwingbaarheid van de overeenkomst na de zeventiende eeuw uit de irrelevant geachte details werd losgeweekt, was wel begrijpelijk vanuit een oogpunt van de ontwikkeling van het handelsverkeer, maar niet wezenlijk voor die 'Modernistische' methode.

Het zojuist geschetste wetenschappelijk wereldbeeld werd vervolmaakt in later eeuwen. Via het werk van Thomasius (1655-1728) en Wolff (1679-1754) en Domat (1625-1696) en Pothier (1699-1772) werd het privaatrecht meer en meer als deductie uit een geheel van universele normen gepresenteerd.²⁶ Maar de apotheose ligt natuurlijk in het negentiende-eeuwse Duitsland. De juridische methode werd daar in de Pandektistiek bijkans dezelfde als in de wiskunde.²⁷ Zo werd in het System van Savigny²⁸ met de introductie van rechtsbetrekking en rechtshandeling als nieuwe genusbegrippen de toen al fors in aanbouw zijnde begrippenpyramide nog eens extra gefundeerd.

Het is hier niet de plaats om in te gaan op de ingewikkelde verhouding tussen het oude Nederlandse BW, de Franse en oud-Hollandse bronnen en de Pandektistiek. Algemene beginselen van contractenrecht waren evenwel - systematischer dan in de Code Civil - neergelegd in het BW 1838.²⁹ Dat daarin nu vier algemene, aan iedere overeenkomst te stellen, ontstaanseisen waren neergelegd, was een direct gevolg van de rationalisering. Het na 1838 opkomende legisme vertraagde echter het proces van veralgemenisering van het contractenrecht. Pas met de handboeken van rond 1900 zet de convergering verder door. Dat kan goed worden toegelicht aan de hand van de Asser-serie: de ontwikkeling die te zien is in het deel verbintenissenrecht is representatief.

In de eerste druk van dat deel uit 1905 legt Carel Asser zelf goed uit waarom het contractenrecht een algemeen deel behoeft. Hij maakt daartoe een vergelijking tussen het verbintenissenrecht en het zakenrecht: zakelijke rechten hebben weliswaar enige kenmerken met elkaar gemeen, maar hebben ook elk 'eene sterk sprekende individualiteit'. In het verbintenissenrecht is dat heel anders.³⁰

'Oneindig zijn de verschillende vermogensrechtelijke verhoudingen, die tusschen personen kunnen bestaan, en het zou

²⁴A.J. van der Walt, Marginal notes on powerful(l) legends: Critical perspectives on property theory, THRHR 58 (1995), p. 402.

²⁵Naar Jürgen Habermas, Die Moderne - ein unvollendetes Projekt, in: dez., Kleine Politische Schriften, Frankfurt 1981, p. 444 v.; vgl. Alasdair MacIntyre, Whose Justice? Which Rationality?, London 1988, p. 254: 'the overambitious rationalist metaphysical constructions...'

²⁶Zie voor een schets van de ontwikkeling ook: G.C.J.J. van den Bergh, Geleerd recht, 3de dr., Deventer 1994.

²⁷Over Savigny's wiskundige methode: Laurens Winkel, L'Histoire du droit, exemple d'une science interdisciplinaire, Sartoniana (1996) p. 133 en J.M. Smits, Het failliet van de Savignyaanse systematiek: dwaling en wanprestatie, R&R 26 (1997), p. 137 v.

²⁸F.C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Berlin 1840-1849, bijv. Bd. I, 1840, p. 334 v.

²⁹Boek III, Titel I-IV was gewijd aan het verbintenissenrecht. De Tweede Titel (Van verbindtenissen die uit contract of overeenkomst geboren worden) omvatte algemene bepalingen over de bestaanbaarheid der overeenkomsten. De bijzondere overeenkomsten waren neergelegd in de Titels V e.v.

³⁰C. Asser, Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Derde deel - eerste stuk, voortgezet door J. Limburg, Zwolle 1905, p. 3 (met verwijzing naar Savigny). Idem in Mr. C. Asser's etc., Derde deel: Verbintenissenrecht - eerste stuk, 2de dr. bew. door H. van Goudoever, Zwolle s.a. [1913-1921], p. 3.

ondoenlijk zijn deze stof te beheerschen, zoo men niet een algemeen deel liet voorafgaan, gewijd aan het wezen en de werking der verbintenissen in het algemeen, aan haar ontstaan en haar te niet gaan, kortom aan al datgene, wat alle verbintenissen in hoofdzaak met elkander gemeen hebben'.

Wat de contracten met elkaar gemeen hebben, wordt dan samengebracht in de 'Algemeene leer der overeenkomsten' en beslaat bijna honderd bladzijden.³¹ Die worden gevolgd door een behandeling van elf bijzondere overeenkomsten, waarvan geen die honderd bladzijden overtreft.³² In het algemeen deel worden behandeld: 'begrip en wezen der overeenkomst', 'onderscheidingen der overeenkomsten', 'algemeene vereischten tot het bestaan der overeenkomst', 'gevolg der overeenkomsten' en 'uitlegging der overeenkomsten'.

Getuigt deze behandeling al van een aanzienlijke abstrahering *naar begrippen*, een behandeling van uniforme beginselen ontbreekt in 1905 nog (de vormvrijheid wordt enkel aangestipt³³). Bovendien lijkt Asser het belang van de klassieke leer te relativiseren met de opmerking dat deze 'niet in alle opzichten bevredigend mag heeten; en dat er behoefte bestaat aan het opnemen in onze wet van nieuwe beginselen (sic), waardoor in menig opzicht beter aan de billijkheid en aan de eischen van het verkeer wordt tegemoet gekomen'.³⁴ Pas met de bewerking van Rutten uit 1954 verdwijnt zowel die relativisering als worden de beginselen van contractsvrijheid, verbindende kracht en vormvrijheid als fundamenteel voor het gehele overeenkomstenrecht gepresenteerd.

Hoewel opmerkelijk, wordt hier daargelaten dat deze tendens overeen komt met de door Toulmin geschetste tweede jeugd van het Modernisme zoals die zich tussen 1920 (met een nieuwe zoektocht naar zekerheid na het einde van de Eerste Wereldoorlog) en 1960 voordeed.³⁵ Ik zie dus af van de verleiding de toen vigerende koele schilderkunst van Mondriaan en de strakke muziek van Schönberg in verband te brengen met de opkomst van een absoluut geloof in aan het contractenrecht inherente beginselen. Wél vat ik de eerste convergerende tendens zo samen dat in de afgelopen driehonderd jaar de aparte contractstypen met eigen regels zijn verworpen tot een gestructureerd uniform en consistent geheel van contractenrechtelijke beginselen.

2.3 Tweede convergerende tendens: Meijers' BW en verdere eliminering van casuïstiek

De invloed van het zojuist *in algemene zin* geschetste Modernistische gedachtegoed kan de ontwikkeling naar een algemeen contractenrecht echter niet volledig verklaren. Met name de gang die het contractenrecht deze eeuw in Nederland heeft gemaakt, heeft deels een bijkomende, het Modernisme versterkende, oorzaak, gelegen in de invloed die is uitgegaan van het totstandbrengen van een nieuw BW door E.M. Meijers (1880-1954). De codificatiearbeid tussen 1947 en 1992 heeft de privaatrechtswetenschap in die periode grotendeels bepaald en dat heeft geleid tot een denkwijze bij rechtsgeleerde auteurs die grotendeels dezelfde was als die van Meijers zelf.

Welke was die denkwijze? Zoals bekend³⁶ was Meijers een aanhanger van de binnen de algemene rechtsleer te hanteren empirisch-inductieve methode.³⁷ Die houdt in dat vanuit het empirische, positieve, recht via abstractie en inductie de grondbegrippen van het recht worden opgespoord. Zo kan uit de wettelijke bepalingen en rechterlijke uitspraken over onrechtmatig handelen in verschillende landen door toenemende abstractie het 'grondbegrip' onrechtmatige daad worden opgespoord. Ook betekent dit:³⁸

³¹ o.c., p. 188 v.; dezelfde opbouw bij Van Goudoever, o.c., p. 246 v.

³² De behandeling van koop en van maatschap tellen beide 79 pp., die van huur telt 88 pp.

³³ o.c., p. 196. Idem Van Goudoever, o.c., p. 254.

³⁴ Asser-Limburg, o.c., p. 200.

³⁵ Daarover kritisch Jo Tollebeek, De postmoderniteit en haar geschiedenis, ANTW 84 (1992), p. 229 v.

³⁶ Zie bijv. H.J. van Eikema Hommes, De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap, Deventer 1972, p. 2 v. en A.R. Bloembergen, Over de methode van Meijers, WPNR 5504 (1980), p. 41 v.

³⁷ E.M. Meijers, Dogmatische Rechtswetenschap, diss. Amsterdam 1903, p. 25 v.; dez., De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht, Leiden 1948, p. 23 v., 31.

³⁸ De Algemene Begrippen, o.c., p. 312.

De hergroepering van de regels van het contractenrecht dient derhalve niet als een theoretisch vraagstuk in abstracto behandeld te worden, maar om daartoe te komen, dient men uit te gaan van de in de bestaande rechtsstelsels bekende bijzondere contracten en hun regeling. Lettende op de verschillende kenmerken, die voor iedere soort het begrip bepalen, kan dan verder nagegaan worden in hoever voor ieder dezer kenmerken op zich zelf algemene regels kunnen gegeven worden (...).

Zo komt men niet enkel tot algemene regels voor alle contracten, maar bovendien wordt het *begrip* contract zelve gedestilleerd. Meijers en de latere NBW-ontwerpers vonden dat, nu wij meer abstract hebben leren denken, een modern wetboek 'daarvan de weerslag (moet) ondervinden'.³⁹ Dat leidde er toe dat in Boek 3 en Boek 6 BW men thans de grondvormen van het contractenrecht (rechtshandeling, overeenkomst, verbintenis) terugvindt.⁴⁰ Dat Boek 3 is gewijd aan Vermogensrecht *in het algemeen* en Boek 6 aan het *Algemeen gedeelte* van het verbintenissenrecht, vloeit direct voort uit deze methode.

Waarom nu is ook dit nu een tendens van convergering? Omdat met het zoeken naar eenheid in de begripsvorming en consistentie van het begrippenapparaat onvermijdelijk bestaande praktische verschillen in het positieve recht van waaruit wordt geabstraheerd, verdwijnen: deze worden geofferd op het altaar van de systematiek. Zo bestaat - anders dan vroeger - in de huidige begripsvorming en systematiek geen onderscheid meer tussen burgerlijk recht en handelsrecht. Ook een eventueel te maken onderscheid tussen burgerlijk recht en consumentenrecht is afwezig (op enkele typisch consumentenrechtelijke begrippen als algemene voorwaarden, de afkoelingsperiode ex art. 25 Colportagewet en de collectieve actie van art. 6:240 BW na). Het met brengen van eenheid en consistentie aldus uitdrukkelijk nagestreefde doel is het bevorderen van rechtszekerheid, kenbaarheid en overzichtelijkheid van het recht.⁴¹

Het kan echter niet anders dan dat daarmee de eerder aanwezige casuïstiek wordt veronachtzaamd. Bij het maken van een zo *consistent* mogelijk systeem moeten immers wel verschillen tussen typen contracten worden geëlimineerd. De in de loop van een lange tijd verworven inzichten omtrent de totstandkoming en inhoud van de schenking, van de agentuurovereenkomst en van de huur worden - althans in de begripsvorming - vervangen door een eenheidsworst. Dit is in het Nederlands BW in het bijzonder mogelijk door de aanwezigheid van open normen, die als ventiel kunnen fungeren: een rechtssysteem is immers veel consistentier op te bouwen indien bepaalde onoverbrugbare verschillen kunnen worden 'opgelost' in een open norm als 'redelijkheid en billijkheid' of maatschappelijke onzorgvuldigheid.

De unificerende werking - en de daarmee gepaard gaande eliminering van belangrijke casuïstiek - die van de algemene contractenleer is uitgegaan, kan goed worden geïllustreerd aan de hand van de bijzondere contracten bewaargeving, bruikleen en verbruikleen. Volgens de wetgever van 1838 waren dit reële contracten, waarbij dus overgifte van de zaak ontstaansvereiste was voor totstandkoming en enkel de bewaarnemer of de (ver)bruiklener een hoofdverplichting uit de overeenkomst heeft, namelijk tot teruggave van de zaak. Heersende opvatting is nu dat dit systeem met name verwerpelijk is omdat de reële contracten daarmee kwalijk in de beginselen van ons contractenrecht passen, dat immers wilsovereenstemming al voldoende acht voor totstandkoming.⁴² Een intrinsiek argument ontbreekt: enkel de strijd met beginselen wordt aangevoerd. Consequentie is dat halfslachtig dan zowel wilsovereenstemming als overgave van de zaak noodzakelijk worden geacht. In het nieuw BW is bewaargeving reeds (art. 7:600) en wordt verbruikleen (7A:1791-1792) ook consensueel, teken van een verdere abstrahering. Aldus gaat evenwel een belangrijk *inhoudelijk* inzicht verloren.

De genoemde overeenkomsten zijn namelijk niet voor niets altijd als reël beschouwd. Zij worden immers (met uitzondering van geldleen) niet zozeer gesloten in het handelsverkeer, maar dragen veeleer het karakter van een *vriendendienst*: men leent een zaak uit aan een ander, men geeft iets in

³⁹PG Boek 6, o.c., p. 47.

⁴⁰PG Boek 6, o.c., p. 47.

⁴¹A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht (Mon. NBW A-1), Deventer 1990, no. 4 en dez., Het nieuwe Burgerlijk Wetboek en de eenheid van het privaatrecht, NJB 1983, p. 1069 v.

⁴²C. Asser's Handleiding etc.; Bijzondere overeenkomsten deel IV: Bewaargeving etc., 4de/5de dr. door W.M. Kleijn, Zwolle 1988, no. 1.

bewaring. De persoon van de wederpartij is daarbij essentieel. Dit maakt dat de overeenkomst *tot* (ver)bruikleen of bewaargeving niet *zomaar* tot afdwingbaarheid mag leiden. Het inhoudelijk inzicht dat dit type overeenkomsten in beginsel pas bindend is nadat één der contractanten heeft gepresteerd, verdwijnt aldus in de systematisering.

Ter nadere ondersteuning van mijn stelling dat de abstrahering die met de algemene rechtsleer heeft plaatsgehad, de daarvoor bestaande casuïstiek elimineerde, verwijs ik nog naar het Engelse recht, waar eenzelfde ontwikkeling veel later plaats had. Tot de systematische Commentaries on the Laws of England (1765-1770) van Blackstone ontbeerde het contractenrecht een structuur. Er was slechts een lijst van *claims* (acties), die vanuit onderwijskundig oogpunt 'something of a nightmare' was.⁴³ Daarmee ademen klassiek Romeins recht en Engels recht dezelfde geest.⁴⁴ Pas met de invloed van de Analytical Jurisprudence van John Austin (1790-1859) ontstond een algemene rechtsleer, die leidde tot een algemene contractenleer dankzij auteurs als Pollock en Anson.⁴⁵ Gordley stelt:⁴⁶

'These authors describe general contract law without trying to relate it to the law of sales, the law of leases, and so forth (...). (They) were unable to bridge the gap between their general principles of contract and the laws of particular contracts. Consequently, their efforts to develop systematic contract doctrine were concentrated on the general law of contracts which bulked ever larger in the treatises as time went on'.

Ook naar Engels recht werden de details der bijzondere contracten zo op brute wijze geliquideerd. Daarmee is niet gezegd dat die details niet nog steeds op enige wijze een rol spelen in de rechterlijke oordeelsvorming, maar *expliciet* gebeurt dat zeker niet.

Hiermee is het BW 1992 de voorlopige afronding in Nederland van wat Descartes begon: een rationele unificering van als welhaast onveranderlijk beschouwde begrippen en beginselen. Veel relativisering van de door de wetgever geponeerde beginselen van contractsvrijheid, verbindende kracht en vormvrijheid treft men immers in de handboeken niet aan. Waar tegengestelde meningen worden verdedigd en bijvoorbeeld wordt gesteld dat de 'goede trouw'⁴⁷ of de efficiëntie⁴⁸ de allesbepalende factor is, geschiedt ook dat vanuit algemene concepties.

2.4 Derde convergerende tendens: huwelijk en vennootschap

Is hiermee de ontwikkeling van veralgemenisering afgesloten? Neen: recent wordt de reikwijdte van het contractsbegrip verder opgerekt. Waar het algemene contractenrecht is ontwikkeld op grond van de gemeenschappelijke kenmerken van de destijds bestaande contracten, wordt die algemene theorie steeds meer toegepast op ook andere relaties. Dit geschiedt bij met name twee relatievormen: het huwelijk (inclusief andere samenlevingsvormen) en de vennootschap. De wenselijkheid daarvan wordt niet enkel betoogd door de Amerikaanse 'contractarians',⁴⁹ ook in Nederland lijkt een tendens van contractualisering te bestaan. Het is vooral ook interessant om hiervan kennis te nemen omdat aldus inzicht wordt verschaft in het *waarom* van gebruik maken van de contractsfiguur.

Het huwelijk wordt, zowel in Nederland als daarbuiten, doorgaans beschouwd als een juridische verhouding met geheel eigen normen van familierechtelijke aard en daarmee meer als status dan als contract.⁵⁰ Toegetreden wordt immers tot rechten en plichten waarvan de inhoud geheel dwingendrechtelijk is bepaald. Enkel ten aanzien van het sluiten en beëindigen van het huwelijk en het maken van (vermogensrechtelijke) huwelijkse voorwaarden bestaat keuzevrijheid. Ook deze blijven echter onderworpen aan het wettelijk regime: de wet stelt eisen ten aanzien van het geslacht der

⁴³Geoffrey Samuel, *The Foundations of Legal Reasoning*, Antwerpen 1994, p. 72.

⁴⁴F. Pringsheim, *The Inner Relationship Between English and Roman Law*, Cambridge LJ 1935, p. 347.

⁴⁵Resp. *Principles of Contract at Law and in Equity* (1876) en *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract* (1879).

⁴⁶Gordley, o.c., p. 446.

⁴⁷J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht*, dl. 1, 2de dr., Deventer 1993, p. 12.

⁴⁸Bijv. Kronman en Posner, o.c.

⁴⁹Voor een overzicht: Hillman, o.c., p. 79 v.

⁵⁰Vgl. Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, 15de dr., Deventer 1998, no. 106: 'het huwelijk is een instelling'.

'contractanten' en bevat eigen regelingen inzake bekwaamheid (art. 1:31 BW), toestemming (art. 1:32), vorm (art. 1:43 v.) en wilsgebreken (art. 1:71⁵¹).

In de Amerikaanse discussie wordt nu verdedigd dat binnen het huwelijk steeds meer ruimte zou dienen te bestaan voor contractueel af te dwingen afspraken. Dat wordt vooral bepleit waar de vrouw wettelijk wordt achtergesteld bij de man: het geslachtsneutrale contractenrecht stelt dan in staat tot een meer gelijke behandeling van beide partners.⁵² Waar de beëindiging van het huwelijk door echtscheiding reeds wordt gezien als het uitoefenen van een contractueel recht, waarom zou dan ook geen mogelijkheid kunnen bestaan tot het aanwijzen van een arbiter bij conflicten, van het vooraf regelen van de gezamenlijke vakanties of zelfs van de duur van het huwelijk?⁵³ Critici melden dat daarmee specifiek familierechtelijke waarden als liefde en vertrouwen worden ontmanteld, maar dat is volgens de voorstanders slechts een kwestie van gradatie: zoals huwelijkspartners op elkaar betrokken zijn, zo hebben ook zakenpartners zich naar de goede trouw ('solidair') te gedragen. Het huwelijk is een soort contract.

In Nederland is de tendens vooral om *buiten het huwelijk om* samenlevingsverbanden te contractualiseren. Dat kan door een (niet geregistreerde) samenlevingsovereenkomst *sui generis*,⁵⁴ maar sinds 1998 ook door het geregistreerd partnerschap.⁵⁵ Hoewel deze laatste mogelijkheid volgens de wetgever evenzeer een 'instituut' is⁵⁶ en totstandkoming ook geschiedt door tussenkomst van de ambtenaar van de burgerlijke stand, kan de beëindiging met wederzijds goedvinden plaatsvinden zonder tussenkomst van de rechter (art. 1:80d lid 2 BW). Een ont-institutionalisering kan men ook afleiden uit het rapport van de Commissie-Kortmann die onlangs pleitte voor een openstelling van het burgerlijk huwelijk voor partners van gelijk geslacht.⁵⁷

Nu kan men stellen dat het voor de inhoud van de relatie niet uitmaakt of wordt uitgegaan van het huwelijk als instituut of als relatie (contract).⁵⁸ Maar hoe meer het huwelijk kenmerken van het contract gaat vertonen, hoe eerder de algemene contractenleer van toepassing wordt geacht. De Boer stelt nu reeds dat het systematisch voordelen zou hebben om eerst het 'relatierecht' in het algemeen aan de orde te stellen om dan te vervolgen met hoofdstukken over het huwelijk en buitenhuwelijkse tweerelaties als species, maar daar van afziet vanwege de grote diversiteit aan relaties.⁵⁹ Het algemeen contractenrecht wordt overigens doorgaans uitgesloten, hoewel de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW in de praktijk een belangrijke rol speelt als correctie op de huwelijkse voorwaarden.⁶⁰ Dat bevestigt dat de contractualisering in Nederland vooral plaatsvindt *buiten het huwelijk om*.

Niet zozeer het *voorkomen* van een machtsverhouding, maar juist het *legitimeren* daarvan, is reden om ook in het vennootschapsrecht aan te haken bij het contractenrecht. In de V.S. wordt wel betoogd dat de vennootschap als een 'nexus for a set of contracting relations'⁶¹ tussen aandeelhouders, bestuurders, werknemers en schuldeisers moet worden gezien. Uitgangspunt is dan dat genoemde personen een grotere prikkel hebben om efficiënte relaties te creëren als ze dat zelf mogen doen; indien de wetgever de verhoudingen tussen dezen (met name die tussen bestuurders en aandeelhouders) zou

⁵¹ Door De Boer, o.c., no. 174 wordt art. 71 lid 1 wel een 'species' genoemd van de regeling in art. 3:44 lid 1 en 2.

⁵² Lenore J. Weitzman, *The Marriage Contract*, New York 1981 en het werk van Marjorie M. Shultz. Zie ook Katherine O'Donovan, *Family Law Matters*, London 1993, p. 43 v. en Lis Frost, *The Deregulated Sex*, *Recht & Kritiek* 17 (1991), p. 155 v.

⁵³ Zie voor deze suggesties Hillman, o.c., p. 86 v.

⁵⁴ Asser-De Boer, o.c., no. 564.

⁵⁵ Wet van 5 juli 1997, Stb. 324 voert art. 1:80a e.v. BW in.

⁵⁶ MvA, EK 23.761, nr. 157b, p. 4.

⁵⁷ Commissie Openstelling Burgerlijk Huwelijk, advies van 28 oktober 1997.

⁵⁸ Aldus Asser-De Boer, o.c., no. 107.

⁵⁹ Asser-De Boer, o.c., no. 561.

⁶⁰ Asser-De Boer, o.c., no. 454. Zie voor de toepasselijkheid van art. 6:258 BW ook no. 641, doch voor de uitsluiting van de dwalingsregeling ook no. 1045.

⁶¹ William W. Bratton, *The 'Nexus of Contracts' Corporation: A Critical Appraisal*, *Cornell LR* 74 (1989), p. 407 v. en bijv. Frank H. Easterbrook en Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge Mass. 1991.

bepalen - zoals thans grotendeels het geval is om minderheidsaandeelhouders te beschermen - wordt tezeer ingegrepen. De huidige scheiding van eigendom (van de aandeelhouders) en zeggenschap (van de bestuurders) acht men dan te interventionistisch. 'Contractarians' vinden dat investeren in aandelen moet worden beschouwd als sluiten van een gewoon contract tussen twee personen; zolang de aandeelhouders hun eigen belangen kunnen nastreven, kiezen zij optimaal en wordt automatisch ook het maatschappelijk belang behartigd.⁶² In deze 'liberale' visie zullen de aandelen van een vennootschap waarin de aandeelhouders minder zeggenschap hebben relatief goedkoper zijn.⁶³

Ook in Nederland is nagedacht over een deregulering van het vennootschapsrecht, dat thans vrijwel geheel dwingend wordt opgelegd door de wetgever.⁶⁴ Ontwijken van vennootschapsrecht door contract lijkt echter nog niet als een reële mogelijkheid te worden gezien. Volgens Van der Grinten zou het beschouwen van de vennootschap als contract 'een gewrongen beeld' geven.⁶⁵ Het argument dat daartoe doorgaans wordt gebruikt - de overheid dient bepaalde belangen te beschermen - is nu echter juist *niet* relevant indien wordt gekozen voor de contractuele benadering: dat wordt immers ingegeven door de gedachte dat de overheid geen rol mag spelen omdat alleen dan zowel het belang van aandeelhouders, bestuurders en de maatschappij als geheel het beste wordt gediend. Ik acht niet onwaarschijnlijk dat in de huidige, zich snel van overheidsinterventie naar 'marktwerking' ontwikkelende maatschappij, een contractualisering van de vennootschap zal plaatsvinden.

Daarmee heb ik overigens een derde convergerende tendens die als rechtspolitik kan worden gekwalificeerd, aangestipt: de toenemende marktwerking. Ook in traditioneel niet privaatrechtelijke verhoudingen wordt het contractenrecht steeds vaker ingezet ter behartiging van vroegere overheidstaken.⁶⁶ Bovendien stip ik aan: het vormgeven van het bestuursrecht met gebruikmaking van privaatrechtelijke begrippen. Zo is in de Algemene Wet Bestuursrecht het begrip besluit gebaseerd op de rechtshandeling naar burgerlijk recht; de privaatrechtelijke regels daaromtrent zijn in beginsel ook van toepassing.⁶⁷ Ook daarmee wordt nog verder geabstraheerd van de specificiteit van het bestuursrechtelijke besluit met als gevolg dat de bijzonderheden van die laatste niet langer in het begrippenapparaat zijn vertegenwoordigd. Dat de Commissie-Scheltema in staat bleek om het gevarieerde (om niet te zeggen: chaotische) bestuursrecht in enkele bepalingen samen te vatten, wordt algemeen gewaardeerd, maar heeft als keerzijde dat de aan die variëteit verbonden subtiliteiten met de invoering van de AWB zijn verloren gegaan.⁶⁸

Hoe deze ontwikkeling van het contractenrecht samen te vatten? Het lijkt geen twijfel dat deze is gegaan van afzonderlijke overeenkomsten met een eigen casuïstiek naar een algemene theorie met grote pretentie. Die ontwikkeling van een 'theorie-centrische' filosofie lijkt met de invoering van het nieuw BW zeer recent afgerond, maar zet zich om rechtspolitieke redenen nog verder door. De vraag die thans aan de orde moet komen, is welke de waarde is van die algemene theorie voor de praktijk. Voor de opstellers was dat geen vraag. Hoewel dat niet wordt geëxpliciteerd, vervult de algemene leer een driedubbele functie: het leren kennen, het onderwijzen en het bepalen van het positieve recht.⁶⁹ Dat laatste impliceert dat aan de algemene contractenleer niet slechts beschrijvende, maar ook *normatieve* waarde wordt toegekend: zij geeft aan hoe het recht zou moeten zijn en wijst aldus de weg aan de

⁶²Hillman, o.c., p. 99.

⁶³Hillman, o.c., p. 100; voor kritiek o.c., p. 104 v.

⁶⁴Zie H.J. de Kluiver, *Mag het nog ietsje meer zijn? Over tekort, overvloed en onbehagen in het ondernemingsrecht*, NJB 1996, p. 1443 v. en dez., *Machtsstrijd en machtsovername in kapitaalvennootschappen*, oratie Maastricht 1996, Deventer 1996, p. 41 over bescherming van aandeelhouders, alsmede dez., *Disparities and Similarities in European and American Company Law. What about Living Apart Together?*, in: Wouters en Schneider (eds.), *Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union*, Antwerpen 1995, p. 287 v.

⁶⁵E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, 12de dr. bew. door W.C.L. van der Grinten, Zwolle 1992, no. 47. Vgl. P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, 10de dr., Arnhem 1995, p. 19: de vennootschap is 'een instituut'.

⁶⁶Zie bijv. J.M.M. Maeijer, *Privatisering*, rede Nijmegen 1997, Deventer 1997, p. 7 v.

⁶⁷PG AWB I, Alphen aan den Rijn 1993, p. 154.

⁶⁸Zie ook D.W.P. Ruiter, 'Besluit' in de *Algemene wet bestuursrecht*, *Bestuurswetenschappen* 1992, p. 186.

⁶⁹Vgl. Savaux, o.c., p. 25 v.

praktijk. Voor andere wetenschappen dan het recht heeft onder meer Toulmin echter gesteld dat het Modernisme heeft afgedaan en dat met de huidige postmoderne tendensen wordt teruggekeerd naar het zestiende-eeuwse precartesianisme.⁷⁰ Voor het recht heeft een aantal buitenlandse auteurs de algemene theorie ook reeds ten grave gedragen,⁷¹ waar anderen overigens juist de loftrumpet hebben gestoken over de waarde van theorievorming.⁷²

In het navolgende wordt nagegaan welke tendensen afleiden van een uniform en consistent contractenrecht, zoals dat thans wordt geacht te bestaan. Ik ga daarbij uit van de zojuist verwoorde heersende opvatting dat een algemeen contractenrecht ook algemeen *toepasbaar* is: algemene beginselen en begrippen wijzen de praktijk de weg. Achtereenvolgens komen aan de orde: de praktijk van de bijzondere overeenkomsten, het feitelijk gebruik van contractenrecht en de beïnvloeding door andere rechtsgebieden.

3. Divergerende tendensen: ideologie en versplintering

3.1 De leegheid van een concept: versplintering in de praktijk

In hoeverre gelden de normen van het algemeen contractenrecht nu in de praktijk? Afgaande op de eenheid die door het nieuw BW is geschapen, is er geen twijfel: er is formeel één privaatrecht (immers neergelegd in één codificatie) en materieel is dat grotendeels ook zo: er bestaan uniforme begrippen voor alle typen contracten. Maar dan gaat men af op de schijn die een wetboek wekt.⁷³ Hier wordt die schijn gerelativeerd voor niet alleen de overeenkomst tussen ondernemers en voor de consumentenovereenkomst, maar ook voor alle bijzondere overeenkomsten.

De in 1811 met de Franse wetgeving ingevoerde scheiding van een privaatrecht voor alle burgers, neergelegd in het Burgerlijk Wetboek en een privaatrecht voor ondernemers in het Wetboek van Koophandel, is sinds 1838 geleidelijk verdwenen en in het BW 1992 is de scheiding tussen burgerlijk recht en handelsrecht volledig opgeheven nu het burgerlijk recht 'gecommercialiseerd' zou zijn: de normen voor ondernemers en handelsrechtelijke noties zijn volgens de wetgever in 1954⁷⁴ de *algemene* vermogensrechtelijke normen en noties geworden.⁷⁵ Uit deze beweerde versmelting van handelsrecht en burgerlijk recht spreekt de pretentie dat die algemene normen gelden voor *alle* contracten. Dat nu wordt hier betwist.

In de eerste plaats omdat het consumentenrecht is opgekomen. Particulieren die niet handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf worden extra beschermd in zowel het BW (o.a. bij de toetsing van algemene voorwaarden en bij consumentenkoop) als in de rechtspraak. Daar worden totstandkoming, wilsgebreken, uitleg en open normen immers op een de consument beschermende wijze ingevuld.⁷⁶ Tjittes verbindt daaraan de conclusie dat zo langzamerhand 'het consumentenrecht als het "normale privaatrecht" wordt beschouwd'⁷⁷ en dat de algemene regels daarmee zijn 'geconsumentiseerd'. Dit lijkt mij niet verhelderend: het algemene deel van het contractenrecht gaat uit van gelijke partijen die in vrijheid kunnen kiezen voor het aangaan van verplichtingen. De bescherming van de zwakke contractant geschiedt nu geheel *binnen* de algemene contractenleer: de traditionele leerstukken worden daardoor gekleurd. Dat is mogelijk omdat de wetgever er bewust voor koos het opkomende consumentenrecht systematisch te verwerken in de algemene structuur van het BW. Representatief is de opmerking van

⁷⁰Toulmin, *Cosmopolis*, o.c., p. 175 v.

⁷¹Met name Savaux, o.c. en de auteurs aangehaald in par. 4.

⁷²Aldus Hillman, o.c., p. 1 die zijn boek begint met: 'General conceptual accounts of the nature and role of contract law in modern society flourish'.

⁷³Aldus doet Hartkamp, *De verhandelsrechtelijke*, o.c., p. 1073.

⁷⁴PG Alg. Deel, o.c., p. 126.

⁷⁵Zie bijv. R.P.J.L. Tjittes, *Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers*, in: Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer 1997, p. 375 v.; overzicht van de ontwikkeling bij Hartkamp, Aard en opzet, o.c., no. 12.

⁷⁶Zie Tjittes, o.c., p. 376.

⁷⁷Tjittes, o.c., p. 377.

Hartkamp:⁷⁸

‘Aldus kan de schade, door de opkomst van het consumentenrecht toegebracht aan de eenheid van het privaatrecht (die juist was bevorderd door de samenvoeging van burgerlijk recht en handelsrecht in één wetboek), worden beperkt.’

Kennelijk wordt een apart consumentenrecht beschouwd als een bedreiging van de eenheid van het privaatrecht; differentiatie zou de rechtszekerheid en hanteerbaarheid van het recht aantasten⁷⁹ en daarom wordt het nieuwe consumentenrecht veralgemeniseerd.

Effect hiervan is nu dat de typische kenmerken van de consumentenovereenkomst niet tot uitdrukking worden gebracht in de structuur en beginselen van het contractenrecht: dat blijft algemeen, hoewel de *invulling* daarvan wel typisch is gericht op bescherming van de zwakkere partij. Dat geldt in het algemeen bij de bescherming van de zwakkere, zoals die ook overigens plaatsvindt in het contractenrecht, hetzij in de jurisprudentie hetzij op wettelijke wijze in het huurrecht en arbeidsrecht. Steeds is de vraag in abstracto dezelfde - namelijk wat partijen over en weer redelijkerwijs uit elkaars verklaringen en gedragingen mogen afleiden⁸⁰ en wat zij van elkaar mogen verwachten - hetgeen wordt ingevuld aan de hand van de maatschappelijke positie van partijen, hun rechtskennis en hun professionaliteit.⁸¹ Waar het gaat om ‘wonen, werken, leven en gezondheid’⁸² betekent dat een nadeelscompensatie ten gunste van de zwakkere partij. De kennelijk zozeer gewenste uniformiteit in structuur en beginselen leidt er toe dat *op dat niveau* geen differentiatie mogelijk is, hoewel er wel degelijk een apart overeenkomstenrecht is, maar deels *verborgen*: de algemene begrippen en beginselen gelden wel voor consumentenovereenkomsten, maar hebben dan een eigen invulling.

In de tweede plaats is de algemeenheid van het contractenrecht schijn omdat ook een apart contractenrecht voor ondernemers lijkt te ontstaan. Waren er eerder al protesten tegen de versmelting van handelsrecht en burgerlijk recht in één BW omdat het handelsrecht nu eenmaal een grotere mate van zekerheid en snelheid eist en internationaler is,⁸³ meer recent wordt een dergelijk betoog vaker gehoord. Vranken heeft tien jaar geleden voorspeld dat een nieuw ‘handelsverkeersrecht’ als mix van privaatrecht-, administratief- en strafrechtelijke elementen kan ontstaan.⁸⁴ De handelsmoraal is nu eenmaal anders dan de gewone moraal en met name de rechtszekerheid is van veel groter belang in een relatie tussen professioneel handelende partijen dan daarbuiten. Van Delden stelt:⁸⁵

‘(...) in de handel en daarmee het recht, dat die handel beheerst, streeft men naar eenvoudige oplossingen en strikte risicoverdelingen: contract is contract, standaardisering, fatale termijnen, korte termijnen met betrekking tot oplossing van geschillen, stricte, bij voorkeur grammaticale, interpretatie, zekerheid en dus zo min mogelijk open normen’.

In de rechtspraak krijgen commerciële relaties dan ook eveneens een eigen inkleuring.⁸⁶ De algemene leer blijft als zodanig bestaan, maar zowel bij het beroep op dwaling⁸⁷ als bij het vaststellen van de

⁷⁸Aard en opzet, o.c., no. 17. Zie echter J.G.J. Rinkes, Tien jaar ongelijkheidscompensatie in het consumentenrecht: verdelende rechtvaardigheid, marktwerking en (zelf)regulering, Sociaal Recht 1996, p. 308.

⁷⁹R.P.J.L. Tjittes, De hoedanigheid van contractspartijen, diss. Groningen 1994, Deventer 1994, p. 250: rechtszekerheid gaat door versnippering ten onder. Idem Rinkes, o.c., p. 308.

⁸⁰J.B.M. Vranken, De verhandelsrechtelijking van het privaatrecht; over differentiatie en schaalvergroting, in: M.J.G.C. Raaijmakers e.a. (red.), Handelsrecht tussen ‘koophandel’ en Nieuw BW, Deventer 1988, p. 247.

⁸¹Vgl. R.P.J.L. Tjittes, De hoedanigheid van contractspartijen, diss. Groningen 1994, Deventer 1994, p. 14.

⁸²J.B.M. Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, Zwolle 1989, nr. 27.

⁸³Zie W.F. Lichtenauer, Burgerlijk en handelsrecht, in: Rechtskundige Opstellen aan E.M. Meijers, Zwolle 1935, p. 363 en J. Wiarda, De eenheid van het nieuwe B.W. en van de wetgeving buiten het tegenwoordige B.W., WPNR 4287 (1953), p. 137 v.

⁸⁴De verhandelsrechtelijking, o.c., p. 258. ‘De eenheidsgedachte van het Nieuwe BW komt er door in gevaar, maar wellicht moet, zoals zo vaak, ook hier de leer buigen voor de natuur’.

⁸⁵R. van Delden, Handelsrecht een partijtje ongeregeld?, rede Rotterdam, in: Haven en Handel, Deventer 1992, p. 18.

⁸⁶Vgl. C.J.H. Brunner, De billijkheid in het nieuwe BW, in: Rechtsvinding onder het NBW, Deventer 1992, p. 92 v.

⁸⁷Tjittes, o.c., p. 47 v. en HR 29 september 1995, RvdW 1995, 193 (ABN-AMRO/Hendriks), HR 3 juni 1994, NJ 1997, 287 (Direktbank/Breda).

inhoud (art. 6:248 BW), de uitleg van de overeenkomst,⁸⁸ bij een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid,⁸⁹ maar ook bij de niet-nakoming⁹⁰ speelt een rol dat de overeenkomst is gesloten door een ondernemer.

Kennelijk is de algemene contractenleer in staat om een regeling te bieden voor zowel consumentenovereenkomsten als handelscontracten doordat de begrippen zo algemeen zijn dat deze een eigen invulling kunnen krijgen al naar gelang de *aard van de overeenkomst*.⁹¹ In de praktijk wordt steeds een specieuze afweging gemaakt om de precieze rechtsverhouding tussen contractspartijen vast te stellen. De verzekeringsovereenkomst, de koop in een supermarkt, het bouwcontract en de arbeidsovereenkomst hebben elk een zodanig eigen aard dat gemeenschappelijkheden enkel op een zeer abstract niveau bestaan.

Ging het zojuist om een relativering van het algemeen deel naar *de persoon van de contractant*, in de derde plaats moet ook de gelding van het algemeen deel voor de bijzondere overeenkomsten *als zodanig* worden gerelativeerd. In theorie geldt het algemeen deel voor alle bijzondere overeenkomsten, maar praktisch is dat maar zeer de vraag. Ik stelde een bescheiden onderzoek in naar de verwijzingen naar dat algemeen deel in de delen bijzondere overeenkomsten van de Asser-serie. Ondanks de in alle vijf de delen voorkomende opmerking dat waar geen afwijkende bepalingen bestaan, de algemene regels gelden,⁹² wordt daarnaar de facto maar zeer weinig verwezen - met uitzondering van de koop, waarover hieronder. Bij huur wordt al gesteld dat deze niet langer 'bloot burgerlijk recht' is vanwege de vele publiekrechtelijke invloeden⁹³ en ontbreken verwijzingen naar de wilsvertrouwensleer of naar de wilsgebreken; wel wordt zeer sporadisch verwezen naar art. 6:219, 248, 258 en 265 BW. Bij pacht, 'bij uitstek een geleid contract'⁹⁴ ontbreken verwijzingen bijna geheel. Bij de bespreking van opdracht en aanneming van werk is dat niet veel beter, bij de arbeidsovereenkomst wel iets en wordt in ieder geval de wilsvertrouwensleer in toepassing op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst uitgebreid besproken.⁹⁵ Bij de reële contracten ligt toepassing van algemene beginselen sowieso al niet voor de hand. Dat de maatschap als bijzondere overeenkomst in het BW is geregeld, levert 'hoofdbrekens' op nu het hier eerder gaat om een 'samenwerkingsvorm'.⁹⁶

Hier komt nog bij dat recent een groot aantal onbenoemde contracten is opgekomen die in een onzekere verhouding tot het algemeen deel staan. Franchising, factoring, leasing en joint venture worden in de tegenwoordige handelspraktijk vaak gebruikt en lijken elk als afzonderlijke overeenkomst te worden beschouwd.⁹⁷ Slechts ten aanzien van de koopovereenkomst kan worden gezegd dat het algemeen deel in beginsel ten volle van toepassing is;⁹⁸ titel 7.1 BW biedt een summierere aanvulling en derogatie van de algemene bepalingen. Maar dit is het geval omdat het algemeen deel praktisch het kooprecht is: de beginselen en de structuur van het algemeen deel zijn bijna geheel geënt op deze belangrijkste der overeenkomsten. Het is dan eigenlijk niet nodig te spreken van een splitsing van een algemeen deel overeenkomst en een bijzonder deel koop; enkel daarvoor een gelaagde structuur creëren is omslachtig.

Al met al verwordt het algemeen contractenrecht hiermee tot een lege huls. Het biedt, om met

⁸⁸Tjittes, o.c., p. 135 v. en HR 4 januari 1991, NJ 1991, 254 (Avery/VRG).

⁸⁹Tjittes, o.c., p. 382 v. en HR 31 december 1993, NJ 1995, 389 (Matatag/De Schelde), HR 21 oktober 1994, NJ 1995, 78 (Interaid/ICS).

⁹⁰Tjittes, o.c., p. 167 v. en HR 28 november 1997, RvdW 1997, 243 (Smits/Royal).

⁹¹Vgl. H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer 1979, p. 21 v.

⁹²Bijv. Bijzondere overeenkomsten deel II: Huur en Pacht, 7de dr. door P. Abas, A.S. Rueb en C.J.H. Brunner, Zwolle 1990, no. 6 en id., deel V: Maatschap etc., 6de dr. door J.M.M. Maeijer, Zwolle 1995, no. 7.

⁹³Asser-Abas, o.c., no. 1.

⁹⁴Asser-Brunner, o.c., no. 2.

⁹⁵Bijzondere overeenkomsten deel III: overeenkomst van opdracht - arbeidsovereenkomst - aanneming van werk, 7de dr. door S.C.J.J. Kortmann, C.J.M. de Leede, H.O. Thunnissen, Zwolle 1994, bijv. no. 96.

⁹⁶Asser-Maeijer, o.c., no. 5-6.

⁹⁷A.J.J. van der Heijden, Franchising, Deventer 1992 legt bijv. bepaald niet de nadruk op algemene aspecten.

⁹⁸Zie Asser-Hijma, Koop en ruil, 5de dr., Zwolle 1994, no. 22, 158.

Savaux te spreken, 'une cohérence, des régularités que la simple réalité brute ne livre pas'.⁹⁹ Maar er is meer.

3.2 Het feitelijk gebruik van contractenrecht

Een tweede divergerende tendens betreft het feitelijk gebruik dat van het contractenrecht in de praktijk wordt gebruikt. Opgemerkt is dat contractanten van de mogelijkheden die het contractenrecht biedt maar spaarzaam gebruik maken. Ook hier kan onderscheid worden gemaakt tussen commerciële partijen en consumenten.

Uit empirisch Amerikaans onderzoek blijkt dat bij de meeste commerciële contracten die worden gesloten, juristen niet worden ingeschakeld en de rechter niet wordt geadieerd in geval conflicten ontstaan. Het juridiseren van de relatie met de wederpartij belemmert ongestoord zaken doen en zou een zakenpartner een slechte reputatie bezorgen. Bovendien wordt het voeren van procedures doorgaans als te kostbaar beschouwd.¹⁰⁰ Onderzoek van Weintraub¹⁰¹ toont aan dat in handelsrelaties 95% van de verkopende bedrijven in beginsel bereid is de prijs aan te passen vanwege een gewijzigde markt. Meer dan 30% van de ondervraagde bedrijven vindt het deel van de handelsmoraal dat een gesloten contract niet afdwingbaar is indien nog niet in vertrouwen daarop is gehandeld. Anders dan doorgaans impliciet wordt aangenomen, geldt dat 'contract law is not an important tool of commercial regulation'.¹⁰²

Voor consumentenovereenkomsten wordt het contractenrecht evenmin feitelijk veel gebruikt. Leff heeft dit treffend verwoord door te spreken van de overeenkomst als een 'ding'.¹⁰³ indien consumenten overeenkomsten sluiten, zijn zij zich daar doorgaans niet van bewust, zodat geen gebruik wordt gemaakt van de regels die in hun belang bestaan. De consument aanvaardt het contract zoals dat is en ziet het niet als iets waarover valt te onderhandelen: men 'koopt' de overeenkomst als ding met alle daarbij behorende rechten en plichten. Leff suggereert dan ook dat de wetgever een overheidsdienst in het leven roept die de voorwaarden van die contracten reguleert, net zoals er instellingen bestaan die de kwaliteit van andere zaken (voedsel, medicijnen, diensten) controleren.¹⁰⁴

Inhoudelijk kan overigens ook worden betwijfeld of het algemene deel wel geschikte regels bevat voor beide typen contracten. Dat een contract tot stand komt door aanbod en aanvaarding komt weinig voor: commerciële partijen plegen te onderhandelen en ook bij de consumentenovereenkomst zijn een precies aanbod en een precieze aanvaarding dikwijls moeilijk te onderscheiden. Is de overeenkomst eenmaal totstandgekomen, dan wordt de inhoud in de commerciële verhouding doorgaans bepaald door de door partijen zelf overeengekomen normen en bij de consumentenovereenkomst bepaalt dwingend recht grotendeels de inhoud. Materiële normen uit het algemeen deel komen er weinig aan te pas.

3.3 De beïnvloeding door andere rechtsgebieden; conclusie

Een derde tendens ten slotte die afvoert van een uniform en consistent contractenrecht, betreft de nog altijd toenemende invloed van niet-privaatrechtelijke normen op traditioneel strikt particuliere verhoudingen. Ik denk dan niet enkel aan dwingendrechtelijke regels die door de Nederlandse overheid worden gegeven, maar ook aan semidwingend recht zoals standaardregelingen (art. 6:214 BW) en aan Europees recht zoals dat op het terrein van de mededinging en consumentenbescherming. Op deze verpubliekrechtelijking van het privaatrecht wordt hier niet verder ingegaan. Duidelijk is echter dat waar het wettelijk ingrijpen steeds slechts ziet op *bepaalde* contracten, ook daarmee het algemeen deel wordt

⁹⁹Savaux, o.c., p. 9.

¹⁰⁰Zie vooral Stewart Macaulay, Contract Law and Contract Research, J. of Legal Education 20 (1968), p. 460 v.; vgl. Van Dunné, o.c., p. 229 v.

¹⁰¹Russell J. Weintraub, A Survey of Contract Practice and Policy, Wisconsin LR 1992, p. 1 v.

¹⁰²Feinman, gecit. in Hillman, o.c., p. 247.

¹⁰³Arthur Allen Leff, Contract as Thing, American University LR 19 (1970), p. 131 v.

¹⁰⁴Weergave en kritiek bij W. David Slawson, Binding Promises; the late 20th-century reformation of contract law, Princeton 1996, p. 50.

ingehaald door de praktijk. De pretentie dat met begrip van de algemene beginselen ook inzicht bestaat in de praktische werking van het contractenrecht, is niet vol te houden.

De algemene leer is hiermee grotendeels irrelevant geworden. Collins heeft gesteld dat 'students learn in their early years a misleading and almost irrelevant set of rules'.¹⁰⁵ Waar Engelse auteurs zich wel bewust zijn van het belang van afzonderlijke contracten, zoals die in de bouw of in de verzekering worden gesloten en van vele wettelijke ingrepen, blijft toch gelden dat 'the ideology of the common law of contracts remains that of a single body of principles worked out with some differences in particular contexts'.¹⁰⁶ In Nederland is dat niet anders: er is een diepe kloof tussen het contractenrecht dat door Burgerlijk Wetboek en handboeken aan ons wordt voorgespiegeld en de *versplinterde* praktijk. Practici bouwen op verouderde theorie; studenten leren een hersenschim. Dat dit wel verklaarbaar is, hoop ik in het navolgende aan te tonen.

4. Waarom heeft de algemene contractenleer stand gehouden? De dubbele structuur van het contractenrecht

Het is verbazingwekkend dat de algemene leer zozeer heeft stand gehouden en de zojuist geschetste divergerende tendensen heeft overleefd. Welke reden is daarvoor aan te voeren? Wanneer louter conservatisme als mogelijke oorzaak daar wordt gelaten, resteert mijns inziens een reden die, hoewel op het eerste gezicht eenvoudig, hoogst belangrijke consequenties heeft voor ons begrip van het contractenrecht. De belangrijkste oorzaak is in mijn opvatting namelijk dat de contractenrechtelijke beginselen (autonomie, bindende kracht, vormvrijheid) en de structuur van het contractenrecht (vormgegeven als chronologie) zo *algemeen* (universeel) zijn dat vrijwel alle casus, op welke wijze dan ook op te lossen, daarin kunnen worden ondergebracht. Die beginselen en die structuur leiden zozeer een van de specifieke contracten onafhankelijk bestaan¹⁰⁷ dat de rechtsvinder er geen enkele last van heeft: *dankzij* hun ongedetermineerdheid, blijven zij voortleven. Maar beginselen die ooit van toepassing waren op *alle* contracten wijzen thans nog slechts de weg voor enkele en de structuur, waarin ooit totstandkoming, inhoud en uitvoering alle drie van even groot belang waren, heeft eveneens voor veel contracten afgedaan.

In dit verband is het nuttig om naar beeldspraak van Ryle te verwijzen. Hij heeft een onderscheid gemaakt tussen een 'dunne' en een 'dikke' beschrijving van de werkelijkheid aan de hand van concepten. Die concepten zijn middelen om de werkelijkheid te leren kennen, maar vallen natuurlijk nooit met die werkelijkheid samen. De uniforme en consistente structuur en de beginselen van het contractenrecht zijn nu concepten die een 'dunne' beschrijving geven: zij beschrijven het recht aan de oppervlakte. Maar structuur en beginselen aan de oppervlakte zeggen niets over de diepere lagen van het recht, die de gewenste 'thick description' zouden opleveren.¹⁰⁸ Een 'dikke' beschrijving zou echter de rechtsvinding aan veel nauwere grenzen binden; dankzij de 'dunne' beschrijving is aanpassing niet nodig. Mogelijk zou zijn dat wanneer regels over bijzondere overeenkomsten afwijken van het algemeen deel, die daarin worden geïntegreerd. Het algemeen deel zou dan worden aangepast aan de voortschrijdende praktijk. Dat gebeurt echter niet met als consequentie:¹⁰⁹

'Over time this process means that we have moved from a position where the general law of contract applied to virtually all situations to the present where it applies unqualified to few, yet we still give the general law pride of place (...)'.

¹⁰⁵Het onderwerp is van 'sublime irrelevance': Hugh Collins, *The Law of Contract*, 2nd. ed., London 1993, p. xi.

¹⁰⁶Jack Beatson and Daniel Friedmann, Introduction, in: dez. (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford 1995, p. 7.

¹⁰⁷Vgl. Wightman, o.c., p. 13: 'It is the very fact it has become detached from the cases which gave it birth which means that it can continue to live'.

¹⁰⁸Ik ontleen deze beeldspraak aan C. Geertz, *Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture*, in: dez., *The Interpretation of Cultures*, New York 1973, p. 3 v., die haar op zijn beurt ontleent aan Gilbert Ryle. Zie ook Pierre Legrand, *European Legal Systems are not Converging*, ICLQ 45 (1996), p. 56.

¹⁰⁹Wightman, o.c., p. 14.

Deze voortdurende abstrahering heeft, behalve dat het contractenrecht een universeel karakter krijgt, nog een belangrijk voordeel: het contractenrecht kan voor alle mogelijke doeleinden worden gebruikt. Het kan worden ingezet voor het reguleren van zowel de verhouding tussen consumenten als voor die tussen bedrijven. Dat het huwelijk wordt gecontractualiseerd, maakt mogelijk dat emancipatie plaatsvindt: het contractenrecht is als zodanig immers neutraal geworden door het 'wegterroriseren'¹¹⁰ van de verschillen waaruit het voortgekomen is. In het vennootschapsrecht geven de eenduidige regels aan personen eigen verantwoordelijkheid. Epstein zingt dan ook de lof van deze abstracte regels die de persoon van de contractant (hetzij machtig, hetzij zwak, hetzij aandeelhouder, hetzij partner) *depersonaliseren*. Voor het contractenrecht bestaan enkel partij A en partij B:¹¹¹

'the logic of exchange is not role specific. It does not speak about one set of rules for people who are rich and powerful and another set for those who are frail or meek. (...) These people are colorless, odorless, and timeless, of no known nationality, age, race or sex. These people are self-conscious abstractions known to be false as representations of people in the world, and useful precisely because they are so detached from any grubby set of particulars (...). There is a cold, practical logic behind this remorseless search for abstractions. (...) This massive oversimplification of the social universe treats all persons as though they are as fungible as the letters of the alphabet, and thus ignores or rejects every effort to force the common law to take into account the difference between an individual worker of limited means and a huge industrial corporation'.

Mijns inziens verklaart dit ook waarom het contractenrecht heel goed in staat is om het hoofd te bieden aan de toenemende massaliteit van het goederen- en dienstenverkeer en de daarmee gepaard gaande standaardisatie. Met name Vranken heeft voor dit fenomeen aandacht gevraagd:¹¹² individuele afwijking van een gestandaardiseerd contract is vaak onmogelijk, hetgeen differentiatie naar personen onmogelijk maakt. Maar los van spaarzame speciale rechtsfiguren als de collectieve actie (art. 6:240 BW) en de centralisering van aansprakelijkheden, kunnen wij hier uit de voeten met het algemene privaatrecht. In de V.S. is deze generalisering volgens sommigen zelfs bewust ingezet om het recht a-politiek te maken.¹¹³

Maar wat in deze benadering een *voordeel* is, levert tegelijkertijd *nadelen* op voor wie hecht aan de normatieve kracht van regels: de potentie het recht voorspelbaar te maken en gedrag te beïnvloeden. Door de abstrahering en unificering van het contractenrecht, is namelijk in de eerste plaats de *gedetermineerdheid* van dat rechtsgebied bijzonder gering geworden en is in de tweede plaats de *diversiteit* aan de oppervlakte (op het niveau van de 'dunne' beschrijving) verdwenen. Op elk dezer nadelen wordt hier ingegaan.

In de eerste plaats de geringe gedetermineerdheid. Kessler heeft reeds in 1952 gewezen op de tweeslachtigheid van het contractenrecht: dat *garandeert* enerzijds vrijheid door aan geldig gesloten overeenkomsten verbindende kracht toe te kennen, maar anderzijds *reguleert* het die vrijheid ook door niet iedere overeenkomst afdwingbaar te achten.¹¹⁴ Deze *dubbele structuur* van autonomie en interventie is dezelfde als die van economische rationaliteit (efficiency) en sociale rationaliteit (verdelende rechtvaardigheid):¹¹⁵ enerzijds mag het individu zijn eigen belangen behartigen, anderzijds is dat individu deel van de maatschappij die hem plichten oplegt. Die dubbele structuur impliceert dat een rechter kan uitmaken welk aspect hij wenst te benadrukken: voor iedere regel die de individualiteit

¹¹⁰De term is van Lyotard, o.c., p. 103.

¹¹¹Richard A. Epstein, *Simple Rules for a Complex World*, Cambridge Mass. 1995, p. 73-74.

¹¹²Vranken, *De handelsrechtelijke*, o.c., p. 245 v. en dez., *Schaalvergroting in het vermogensrecht*, NJB 1995, p. 1400 v.

¹¹³Zie met name Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York 1992, p. 15: 'Indeed, such indifference to context was regarded as an important safeguard that would ensure that law would remain neutral and non-political'.

¹¹⁴Friedrich Kessler, *Freiheit und Zwang im nordamerikanischen Vertragsrecht*, in: *Festschrift für Martin Wolff*, Tübingen 1952, p. 67 v.

¹¹⁵Vgl. Christian Joerges, *The Europeanization of Private Law as a Rationalization Process and as a Contest of Disciplines - an Analysis of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts* [EUI Working Paper Law No. 94/5], p. 15.

benadrukt is er een andere die de collectiviteit benadrukt.¹¹⁶ Kiest de rechter voor een eenvoudigweg toepassen van de regels over aanbod en aanvaarding, zodat pas met hun aanwezigheid gebonden bestaat, of zijn er op zodanige wijze onderhandelingen gevoerd dat de redelijkheid en billijkheid iets anders vordert? Dient de subjectieve bedoeling of de objectieve bedoeling van partijen in acht te worden genomen? Bestaat overmacht of niet? Omdat naar Nederlands recht in beginsel aan iedere contractuele regel kan worden gederogeed door de redelijkheid en billijkheid, kan een rechter in beginsel steeds zelf bepalen of hij aan het collectieve of aan het individuele aspect de voorkeur wenst te geven.

Waar nu in de heersende leer wordt aangenomen dat in het contractenrecht objectieve en consistente uitkomsten worden bereikt en dat recht a-politiek is, is dat dus in werkelijkheid niet het geval. Met name de aanhangers van de Amerikaanse Critical Legal Studies-beweging¹¹⁷ wijzen er op dat met de abstracte begrippen tegenstellingen worden verbloemd, omdat deze eigenlijk de rechter in staat stellen bepaalde normen te bevoordelen boven andere, maar zonder dat de systematiek ruimte biedt om dit te expliciteren. Daarmee is het recht voor hen 'indeterminate': het heeft geen enkele voorspellende kracht in *hard cases*. De regels bieden nu eenmaal de mogelijkheid op vele verschillende wijzen te beslissen. Deze conclusie lijkt juist: het is onmogelijk, ook in Nederland, om in een belangrijke zaak te voorspellen welke de uitkomst zal zijn. Dat in het Nederlandse BW veel open normen voorkomen, versterkt dat effect, maar is daarvoor zeker geen voorwaarde: ook bij louter 'scherpe' normen, is de vraag welke scherpe norm in concreto gekozen moet worden: de 'individuele' of de 'collectieve'.

Overigens wordt hieraan door een aantal vertegenwoordigers van de CLS-beweging de consequentie verbonden dat in de praktijk vooral de economische rationaliteit wordt benadrukt en de collectieve normen van veel minder belang zijn, zodat het contractenrecht met name een instrument in handen van de heersende klasse is. Wanneer bijvoorbeeld de wil, zoals in het Nederlandse recht, wordt verondersteld aanwezig te zijn indien een contract voorligt en aantasting alleen achteraf mogelijk is bij wilsonbreken of wilsgebreken, dan spreekt reeds daaruit een nadruk op het individuele. Volgens de CLS-beweging hebben ethische waarden (zoals de leer van de rechtvaardige prijs) daarbij plaats gemaakt voor het recht van de markt: dat bijvoorbeeld een overeenkomst waaraan door een van beide partijen nog geen uitvoering was gegeven ook bindend is, is een betrekkelijk recente verworvenheid. Wel is de CLS-beweging verweten dat zij enkel kritiek levert op de bestaande praktijk, maar geen alternatief biedt. Impliciet lijkt echter de premisse van een aantal vertegenwoordigers van de CLS-beweging dat het contractenrecht middel zou moeten zijn om welvaart te herverdelen.¹¹⁸ Dat voert dan wel tot een meer casustisch contractenrecht, waarin in ieder afzonderlijk geval de verdelende rechtvaardigheid van het contract dient te worden beoordeeld.¹¹⁹ Algehele afdwingbaarheid van de overeenkomst zou als beginsel verdwijnen.

Of deze duidelijk door politieke stellingnames ingegeven opvatting van de CLS-beweging dat onder de algemene paraplu vooral individuele normen worden gehanteerd, juist is, is hier minder relevant. Zeker is echter dat de 'dubbele structuur' van het contractenrecht, die ooit aan de oppervlakte lag, thans niet langer zichtbaar is: dat tegenstellingen worden verbloemd, ziet de CLS-beweging juist. De integratie van alle typen contracten tot één prototype en de daarmee gepaard gaande abstrahering heeft de ooit *naast elkaar* bestaande beginselen (verschillend al naargelang het type contract of het type contractanten) blootgelegd als *met elkaar in strijd*. De integratie leidde dus tot eliminering van de dubbele structuur; een 'dunne' beschrijving is overgebleven dankzij, wat Horwitz noemt, een *reductio ad absurdum*.¹²⁰ Daarmee is het contractenrecht niet langer zeer gedetermineerd meer. Eerder is er op

¹¹⁶Vgl. Hillman, o.c., p. 193.

¹¹⁷Bijv. Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge Mass. 1987; Roberto M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge Mass. 1986; Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, Harvard LR 89 (1976), p. 1685 v.; Nederlandse lit. over CLS: Koen Raes, *Van juridisch realisme tot kritische rechtstheorie*, NJB 1987, p. 777 v.; Ruth de Bock, *Critical Legal Studies*, AA 38 (1989), p. 1 v.; de bijdragen van Pieterman en De Lange aan R&K 16 (1990), p. 7 v. en De Lange en Raes (eds.), *Plural Legalities*, Nijmegen 1991.

¹¹⁸Voor al: Anthony T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, Yale LJ 89 (1980), p. 472 v.

¹¹⁹Hillman, o.c., p. 205-206: 'CLS adherence to indeterminacy may mean that 'ad hoc paternalism' is all that is left'.

¹²⁰Horwitz, o.c., p. 15: systematisering legde tegenstellingen bloot die de eerdere 'compartmentalized structures'

gewezen dat de eenheidsgedachte binnen het privaatrecht algemeen wordt aangehangen omdat de rechtszekerheid daarmee zou zijn gediend. Dit lijkt mij een misvatting: de rechtszekerheid neemt eerder af naarmate meer wordt gegeneraliseerd.

In de tweede plaats is een nadeel dat met de generalisering de diversiteit in de beschrijving van het contractenrecht is verdwenen. Abstrahering als natuurlijke vijand van diversiteit leidt al in het algemeen tot een 'Brave New Monotony'.¹²¹ Maar juist in het recht, waar het bereiken van een op het geval toegespitste specifieke uitkomst van het grootste belang is, heeft die abstrahering vergaande consequenties. Het is niet uitgesloten dat nog altijd casuïstisch wordt geredeneerd, maar in het algemene begrippenapparaat (dus in de beschrijving van het recht) wordt dat niet meer tot uitdrukking gebracht. In ander verband spreekt Geertz van een 'skeletonization of fact': morele dilemma's worden verengd tot het punt waarop deze aan de hand van abstracte regels kunnen worden opgelost.¹²² Die 'skelettisering' hield in dat systematici 'took fields of living law, scalded their flesh, drained off their blood, and reduced them to bones'.¹²³ Historisch onderzoek zou aan het licht moeten brengen *welk* vlees en bloed van de bijzondere contracten zijn afgeschraapt om het skelet van de algemene leer over te houden. Voorlopig te aanvaarden voorbeelden lijken mij: de leer van de rechtvaardige prijs bij koop, de ongewenstheid van bindendheid door enkele wilsovereenstemming bij de traditionele reële contracten.

De verklaring voor het overleven van de algemene contractenleer is hiermee gegeven: abstracties kunnen vele oplossingen accommoderen en voor velerlei doel worden gebruikt. Maar waar de beschrijving van het recht 'dun' is, ontbreken in de systematiek beperkingen en verdwijnt diversiteit.

5. Van eenheid naar verscheidenheid: pleidooi voor een gefragmenteerd contractenrecht

Wat is de weg die voor ons ligt? Geconfronteerd met de zojuist geschetste versplintering in de praktijk van het Modernistisch ideaal van een rationeel uniform en onveranderlijk contractenrecht kunnen twee wegen worden ingeslagen. Denkbaar is om een nieuwe rationele eenheid te zoeken door opnieuw langs inductieve weg de thans aan alle bijzondere contracten gemeenschappelijke kenmerken te destilleren. Deze weg is - zoals al opgemerkt - ingeslagen door diegenen die een moderne grondslag voor contractuele gebondenheid hebben gezocht in een combinatie van beginselen, in de belofte, de verklaring of de causa of in het ontwikkelen van scherpe normen.¹²⁴ Daarmee wordt echter voorbij gezien aan de aan een dergelijke benadering inherente bezwaren zoals die in het voorafgaande aan de orde zijn gesteld: vraag is of de dubbele structuur van het contractenrecht wel kan worden ondervangen in een nieuwe consistente theorie; in elk geval bergt die het gevaar in zich een sta-in-de-weg te zijn voor diversiteit.

De andere weg zou bestaan uit een aanvaarden van de *onmogelijkheid* van een alomvattende uniforme en consistente contractenleer. Het is deze weg van een *gefragmenteerd* contractenrecht die in het navolgende wordt ingeslagen. Dat geschiedt aan de hand van drie argumenten. Twee daarvan worden ontleend aan (rechts)filosofische stromingen en één aan een in politieke zin gewenste toekomst van het privaatrecht. Dat aan de filosofie ontleende argumenten worden gebruikt, vindt daarin zijn rechtvaardiging dat ook de *bestaande* contractenleer grotendeels het resultaat is van toepassing van algemene filosofische inzichten op het recht. Een andere visie moet daar dan bij voorkeur eveneens in worden geijkt.

5.1 Pluralisme

Het eerste argument voor een gefragmenteerd contractenrecht ontleen ik aan het pluralisme. Dat is een

onderdrukten.

¹²¹Paul Feyerabend, Farewell to Reason, London 1987, gecit. bij Legrand, Against a European Civil Code, o.c., p. 62.

¹²²Geertz, o.c., p. 170. Precies zoals antropologen de sociale werkelijkheid schematiseren zodat die kan worden weergegeven in abstracte culturele begrippen.

¹²³Friedman, geciteerd bij Legrand, Against a European Civil Code, o.c., p. 59.

¹²⁴Resp. Nieuwenhuis, Drie beginselen, o.c.; Van Dunné, Normatieve uitleg, o.c.; Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid, o.c.; Smits, Het vertrouwensbeginsel, o.c.; Barendrecht, Recht als model van rechtvaardigheid, o.c.

term die tegenwoordig te pas en te onpas in velerlei context wordt gebruikt. Zo bestaat resp. een religieus, etnisch en politiek pluralisme indien diverse godsdiensten, etnische groepen en politieke overtuigingen binnen één staat worden erkend (in tegenstelling tot de absolute eenheidsstaat met één godsdienst, één volk en één politieke partij), maar ook een cultureel pluralisme en een historisch pluralisme. Raz heeft gesproken van een waardenpluralisme als essentieel voor politieke vrijheid.¹²⁵ Rechtspluralisme betekent dat verschillende rechtsstelsels op hetzelfde moment naast elkaar bestaan. Zo kunnen verschillende bevolkingsgroepen binnen één staat hun eigen rechtssysteem hebben - zoals in zekere mate in de Nederlandse multiculturele samenleving het geval is¹²⁶ - of kunnen strafrecht en tuchtrecht of *common law* en *equity* naast elkaar bestaan.¹²⁷

Wat alle vormen van pluralisme gemeen hebben, is nu dat niet zozeer van gelijkwaardigheid der godsdiensten, culturen, rechtsstelsels etc. wordt uitgegaan, maar veeleer van hun onvergelijkbaarheid: een gemeenschappelijke noemer ontbreekt. De eerste aandrang van de filosoof zou zijn om naar een eenheid te zoeken in de verscheidenheid, maar daarmee zouden belangrijke verschillen teniet worden gedaan. Vroeger was het een teken van onmacht wanneer de filosoof niet in staat bleek een algemeen antwoord te vinden: 'difference is a sign of failure, evidence that mistakes have been made somewhere by someone'.¹²⁸ Met name Nietzsche achtte verbod van cultuur een verlies van eenheid en kracht, een teken van decadentie.¹²⁹ In het pluralisme echter wordt de verscheidenheid als onvermijdelijk aanvaard: concepties van wat goed is en van hoe het goede moet worden verwezenlijkt, zijn divers. Voor een juist begrip van de 'moraliteit' is daarom juist essentieel dat conflicten aan de oppervlakte komen.¹³⁰

De voor mij meest belangwekkende toepassing van deze opvatting op het recht, is die van Michael Walzer, die in zijn *Spheres of Justice*¹³¹ betoogt dat binnen het concept van de verdelende rechtvaardigheid nog een hele variëteit aan diverse oplossingen en politieke keuzes bestaat. Rechtvaardigheid is pluralistisch.¹³²

'There is no single set of primary or basic goods conceivable across all moral and material worlds - or, any such set would have to be conceived in terms so abstract that they would be of little use in thinking about particular distributions'.

Mijn stellige overtuiging is dat de thans door te vergaande abstraheringen niet aan de oppervlakte komende fundamentele verschillen tussen diverse soorten moraliteit, wederom zichtbaar zouden worden indien een pluralistisch contractenrecht wordt aanvaard. Uniforme begrippen die niet een even uniforme samenleving en uniforme moraliteit beschrijven, hebben immers geen zin. Aan welke deelgebieden van moraliteit moet dan worden gedacht? Evident is dat ik met name denk aan het blootleggen van de eerder genoemde 'dubbele structuur' van het contractenrecht: economische rationaliteit (efficiency) tegenover sociale rationaliteit (verdelende rechtvaardigheid).

In de eerste plaats is er dan een contractenrecht van de handelsmoraal.¹³³ Indien partijen contracteren teneinde winst te maken, kleurt dat de contractsverhouding. In de handel wordt nooit

¹²⁵Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, p. 395 v.

¹²⁶Grondlegend in Nederland: R.D. Kollwijn, *Intergentiel recht*, 's Gravenhage 1955; recente lit. bij Alis Koekoek, *Pluralisme en grondrechten van sociale organisaties*, in: Kummeling en Van Bijsterveld (red.), *Grondrechten en zelfregulering*, Deventer 1997, p. 51 v.

¹²⁷Vgl. F. Strijbosch, *Het concept pluralisme in de rechtsantropologie*, in: Huls en Stout (red.), *Recht in een multiculturele samenleving*, Zwolle 1993, p. 69. Mincke lijkt pluralisme meer als synoniem van liberalisme te zien: Georg Wolfgang Mincke, *Privaatrecht en pluralisme*, oratie Maastricht 1992, Deventer 1992.

¹²⁸David Archard (ed.), *Philosophy and Pluralism*, Cambridge 1996, p. 1.

¹²⁹Loes Derksen, *Friedrich Nietzsche: over pluralisme en het scheppen van nieuwe waarden*, in: De Boer en Griffioen (red.), *Pluralisme*, Amsterdam 1995, p. 48 v.

¹³⁰John Kekes, *The Morality of Pluralism*, Princeton 1993, p. 21.

¹³¹New York 1983.

¹³²Walzer, o.c., p. 8.

¹³³Wightman, o.c., p. 96 v. werkt dit uit door te onderscheiden tussen 'personal and commercial contract'. Vgl. P.S. Atiyah, *The Modern Role of Contract Law*, in: *Essays on Contract*, Oxford 1986, p. 5: 'clusters of typical situations'.

gecontracteerd met als doel een specifiek goed te verkrijgen, maar is het contract middel tot een doel, namelijk het maken van winst. Komt de wederpartij niet na, dan is dat enkel *jammer*: bij een normale bedrijfsvoering is een dergelijk verlies voorzien en gedekt door verzekering.¹³⁴ Voor dit type contracten bewijst de rechtseconomische benadering goede diensten: indien partijen een economische rationaliteit zoeken, dient het recht zich daarbij aan te passen. Het negentiende-eeuwse contractenrecht is hiervoor ontwikkeld en er is geen reden om dit niet toe te passen op deze partijen. De rol van de redelijkheid en billijkheid kan bijvoorbeeld beperkt blijven en uitleg van contractsbepalingen moet zo tekstueel als mogelijk geschieden: zou immers ook hier de Haviltex-formule worden toegepast,¹³⁵ dan zouden partijen geen prikkel hebben om hun schriftelijke contracten zo zorgvuldig mogelijk te redigeren.

In de tweede plaats zou een contractenrecht van de sociale rechtsstaat kunnen worden onderscheiden. Daar wordt niet gecontracteerd voor financieel gewin, maar gaat het om 'wonen, werken, leven en gezondheid'.¹³⁶ Houdt de wederpartij zich niet aan de overeenkomst, dan komt het welzijn van het individu zelf in gevaar. Hier is het veeleer de 'contractuele rechtvaardigheid', deels neergelegd in consumentbeschermende wetgeving en deels door de rechter ontwikkeld, die de rechten en plichten van partijen kleurt. Dat een contractant rekening moet houden met het belang van zijn wederpartij, zoals de Hoge Raad in 1957 uitmaakte, is hier veel meer bepalend dan in het contractenrecht van de handelsmoraal.¹³⁷ Hier *moet* het recht wel paternalistisch zijn om afdoende zijn functie te kunnen vervullen. Dit nieuwe contractenrecht staat nog grotendeels in de steigers: het heeft in rechtspraak en wetgeving deels vorm gekregen door de grote vlucht die redelijkheid en billijkheid en beschermende bepalingen hebben genomen.

Mijn overtuiging is dat deze beide moralen een eigen contractenrecht verdienen. Wat heeft het nastreven van winst gemeen met comfortabel wonen of met verzekerd zijn tegen ziektekosten? En wat heeft het sluiten van een huwelijk gemeen met kopen van aandelen in een vennootschap? Aanvaarding van de gedachte die aan deze retorische vragen ten grondslag ligt, zou er toe kunnen leiden dat ook verschillende grondslagen worden gezocht voor beide typen contractenrecht. Ik acht het zeer opvallend - Wightman¹³⁸ wijst er ook deels op - dat de consumentenkoop praktisch altijd onmiddellijk bij de totstandkoming wordt nagekomen, meestal door beide partijen, soms slechts door één van hen omdat levering later plaatsvindt of omdat op krediet wordt gekocht.¹³⁹ De grondslag voor gebondenheid dan zoeken in de belofte, in de wil of in vertrouwen is bijna niet nodig omdat zonder dit feitelijk presteren in het geheel geen gebondenheid ontstaat. In het contractenrecht van de handelsmoraal is dat anders: daar speelt het vertrouwen op nakoming door de wederpartij een belangrijke rol en kan de drieëenheid van wil, verklaring en vertrouwen als voorlopige grondslag worden aanvaard.¹⁴⁰

Nog andere moralen zijn denkbaar. In de Nederlandse multi-culturele samenleving¹⁴¹ is goed denkbaar dat allochtone minderheden een eigen contractenrecht kennen dat door de Nederlandse rechter moet worden aanvaard. Ook kunnen binnen bepaalde bedrijfstakken bijzondere moralen omtrent contracteren bestaan. Dit behoeft hier geen uitwerking: waarom het mij gaat, is dat niet het ene contractenrecht als uitzondering op het andere moet worden beschouwd, maar dat elk van deze een *eigen* rationaliteit kent die niet herleidbaar is tot een ander. Alleen zo kan in de plaats van het algemene een pluralistisch contractenrecht ontstaan. Een consistente én veelzeggende theorie omtrent alle

¹³⁴Vgl. Wightman, o.c., p. 97.

¹³⁵HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex). De formule houdt kortweg in dat het bij de uitleg van schriftelijke bedingen aankomt op de zin die pp. daaraan redelijkerwijs mogen toekennen. Dat impliceert dat de rechter in laatste instantie een *redelijke* uitleg aan het beding zal geven, ook al formuleerden partijen slordig.

¹³⁶Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten, o.c., nr. 27.

¹³⁷HR 15 november 1957, NJ 1958, 67. Een arrest als HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg) biedt m.i. een typisch geval van te algemene uitspraken doen: in *handels*verhoudingen dient een precontractuele aansprakelijkheid niet snel te worden aangenomen. In het licht van de *casus* van Plas/Valburg (verhouding overheid-bedrijf) was de zeer vergaande uitspraak van de Hoge Raad wel begrijpelijk.

¹³⁸Wightman, o.c., p. 102 v.

¹³⁹Deze zijn dus nooit wederzijdse prestatiebelofte (zie voor die term mijn diss., o.c., p. 279 v.).

¹⁴⁰Slechts voorlopig; zie mijn diss., o.c., voor een dieper liggende rechtvaardiging, gelegen in de *causa*.

¹⁴¹Zie de bijdragen aan Huls en Stout, o.c.

contractsvormen acht ik onmogelijk. Dat in deze pluralistische opvatting bestaande tegenstellingen binnen het recht worden blootgelegd, zie ik slechts als een voordeel: de samenleving is een geheel van conflicterende waarden en het recht moet daarvan de weerslag vormen.

Betekent dit pleidooi voor een centrifugaal contractenrecht nu dat op de filosofische grondslag van het pluralisme nieuwe juridische deelsystemen moeten worden opgebouwd voor elk der genoemde moralen? Ik wil betogen van niet en gebruik daartoe een tweede argument.

5.2 Postmodernisme

Een tweede argument voor een gefragmenteerd contractenrecht ontleen ik aan de nogal beladen rechtsfilosofische stroming van het postmodernisme. Het is onmogelijk om daarvan een definitie te geven, anders dan dat de stroming zich afzet tegen het Modernisme.¹⁴² Wel kunnen enkele kenmerken van postmodernisme worden opgesomd, waaronder een groot belang hechten aan verscheidenheid en individualisering, alsmede een zich consequent afzetten tegen universalisme en 'grote verhalen'. Waar in het Modernisme op metafysische wijze 'de universele waarheid' werd gezocht, dus 'iets wezenlijks achter de oppervlakte der verschijnselen',¹⁴³ daar wordt die pretentie in het postmodernisme verlaten. In plaats van één werkelijkheid zijn er met elkaar concurrerende visies die naast elkaar voorkomen. Een diepere legitimatie van elk dezer visies is onmogelijk, zodat 'het grote verhaal' verdwijnt. Met name Lyotard, die spreekt van 'le déclin aujourd'hui des récits de légitimation', benadrukt dit aspect.¹⁴⁴

Nadat door deconstructie van de vergeefse pogingen tot bouwen van een systeem¹⁴⁵ alle metafysica is overwonnen, blijft enkel het incidentele, locale en kleine over. De antropoloog Geertz spreekt van 'local knowledge':¹⁴⁶ kennis van het plaatselijke, het toevallige. Derrida roemt het 'singuliere' omdat daarmee inconsistenties in het systeem aan de oppervlakte kunnen worden gebracht. Instabiliteit acht hij positief want stabiliteit is een teken van logheid en van een gesloten systeem in plaats van van dynamische openheid.¹⁴⁷ Gegeven de veelheid aan culturen en opvattingen in de hedendaagse maatschappij is het - in de woorden van Van Peursen - nodig om 'de hoog zwevende en universele waarden' terug te brengen tot 'de harde maar nabije grond van beperkte en concrete beslissingen'.¹⁴⁸

Wat betekent postmodernisme voor het recht?¹⁴⁹ Vooral een benadrukken van casuïstiek: ieder geval is anders en dient naar de eigen merites te worden beoordeeld. Jonsen en Toulmin noemen als alternatief voor systematisch denken een methode die met de opkomst van het Modernisme zijn goede naam verloor:¹⁵⁰

'Human experience long ago developed a reasonable and effective set of practical procedures for resolving the moral problems that arise in particular real-life situations. These procedures came to be known as "casuistry".'

Deze methode moet met de teloorgang van het Modernisme weer op de voorgrond treden. Ik bepleit dat het contractenrecht casuïstisch moet worden benaderd, zodat *verschillen* tussen typen contracten op de voorgrond kunnen treden. De rechter dient ieder contract op de eigen merites te beoordelen, weliswaar in het licht van rechtsregels, maar óók in het licht van de daar achter liggende moraal: kennis van de sociale en culturele dimensie van de casus is dan van groot belang. Dit is overigens wat in Nederland nu reeds in een groot deel der gevallen lijkt te geschieden, namelijk waar de rechter - met zijn kennis en ervaring - verwijst naar de 'omstandigheden van het geval'. Naar mijn mening zitten in die formule niet

¹⁴²Van Peursen, o.c., p. 17 v.

¹⁴³Van Peursen, o.c., p. 21.

¹⁴⁴Lyotard, o.c., p. 105.

¹⁴⁵Van Peursen, o.c., p. 21.

¹⁴⁶Geertz, Local Knowledge, o.c., vooral p. 167 v.; p. 215: 'Law (...) is local knowledge'.

¹⁴⁷Vgl. Lyotard, o.c., p. 88: 'La science postmoderne comme recherche des instabilités'.

¹⁴⁸Van Peursen, o.c., p. 22-23.

¹⁴⁹Vgl. Smits, Postmodernisme en privaatrecht, o.c.

¹⁵⁰Albert R. Jonsen en Stephen Toulmin, The Abuse of Casuistry, Berkeley 1988, p. 10.

zozeer strikt juridische regels verborgen (die er na onderzoek uit zouden kunnen worden gedestilleerd, zoals Barendrecht meent¹⁵¹), maar brengt de rechter daarmee tot uitdrukking dat *niet strikt juridische* argumenten een rol gespeeld hebben bij het nemen van de beslissing. De rechter heeft met andere woorden 'local knowledge' toegepast. Zolang het in de Nederlandse rechtspraak niet gebruikelijk is om die buitenjuridische argumenten te expliciteren, zal blijvend worden verwezen naar deze 'omstandigheden van het geval'.

Bij dit toepassen van 'local knowledge' bieden de zojuist onderscheiden contractenrechtelijke moralen enkel enig *houvast*. Dat pleit tegen een opbouwen van nieuwe deelsystemen. Daartussen bestaan namelijk geen waterdichte schotten omdat ook de onderscheiden moralen van het handelsverkeer en van de sociale rechtsstaat niet strikt gescheiden zijn. Ik geef daarvan twee voorbeelden.

In de eerste plaats kan een atypisch contract zijn gesloten. Een particulier kan tegen een evident te lage huurprijs een woning huren van een zwakke verhuurder. De eigenaar van een eenmanszaak kan daarmee net genoeg verdienen om zijn gezin te onderhouden en zijn winststreven zal altijd een streven blijven. In deze gevallen moet eens te meer een 'locale' uitkomst worden bereikt door de beide genoemde moralen in een juiste mengverhouding aan te lengen.

In de tweede plaats is er de al genoemde recente tendens van 'marktwerking'. Waar geprivatiseerde overheidsdiensten het algemeen belang behartigen, lopen de moraliteit van de markt en van de sociale rechtsstaat in elkaar over. Er is niet langer enerzijds een privé-sector waar alleen de markt heerst en anderzijds een overheidsbelang dat geheel door de staat wordt behartigd.¹⁵² Dat blijkt ook waar - andersom dan bij marktwerking - bedrijven en non-profit-organisaties soms het algemeen milieubelang behartigen. In het contractenrecht gaan dan de publieke en private moraliteit door elkaar lopen.¹⁵³

Eén voor het contractenrecht specifiek probleem moet hier nog eens expliciet onder ogen worden gezien. Juist binnen dit rechtsgebied pleegt namelijk het belang van de *rechtszekerheid* te worden benadrukt: contractanten moeten kunnen rekenen op de bindendheid van de door hen gesloten overeenkomst. Een verminderde voorspelbaarheid zou de kosten van contracteren aanzienlijk vergroten.¹⁵⁴ In mijn benadering *kan* (met name in het contractenrecht van de handelsmoraal) echter wel degelijk belang worden gehecht aan de rechtszekerheid, maar slechts als één der elementen. Vooral in particuliere verhoudingen speelt dit element evenwel een minder belangrijke rol. Dat is nu eenmaal de consequentie van een versplinterd contractenrecht of, zoals Geertz dat zegt:¹⁵⁵

'like just about every other long-standing institution - religion, art, science, the state, the family - law is in the process of learning to survive without the certitudes that launched it'.

Ik betwist dan ook dat mijn visie op de toekomst van het privaatrecht nihilistisch of sceptisch zou zijn. In een postmodern privaatrecht geldt *niet* Feyerabend's 'Anything goes'.¹⁵⁶ Het ontwikkelen van normen en theorieën blijft mogelijk,¹⁵⁷ maar met een meer bescheiden pretentie. Gesteld tegenover het failliet van oude rationele beginselen, moet niet alles worden ingezet op langs rationele weg ontwikkelen van nieuwe beginselen *binnen* de bestaande wetenschap,¹⁵⁸ maar moet de verscheidenheid worden benadrukt. Dat betekent niet dat geen beginselen kunnen worden gecreëerd, maar die kunnen nooit uniform en consistent voor het gehele rechtsgebied gelden. Alleen zo kan een zinvolle rechtsfilosofische onderbouwing aan de praktijk worden gegeven.

¹⁵¹Barendrecht, o.c., p. 143 v.

¹⁵²Vgl. Wightman, o.c., p. 175.

¹⁵³Vgl. P.H.A. Frissen, De versplinterde staat, oratie Tilburg 1991, Alphen aan den Rijn 1991.

¹⁵⁴Bijv. Barendrecht, o.c., p. 66 v.; voor het economische argument: vooral Louis Kaplow, Rules versus Standards: an Economic Analysis, Duke LJ 42 (1992), p. 557.

¹⁵⁵Geertz, o.c., p. 217.

¹⁵⁶Feyerabend zelf, in een boek waarin hij een 'anarchistische methodologie' bepleit, zegt overigens dat selecteren van goed en kwaad wel degelijk kan, zij het altijd 'in a highly individual and idiosyncratic way': Paul Feyerabend, Against Method, 3rd ed., London 1993, p. 159.

¹⁵⁷Een niet-systematische rechtstheorie biedt bijv.: Charles Sampford, The Disorder of Law, Oxford 1989, p. 223 v.

¹⁵⁸Zoals Barendrecht, o.c., p. 61 v. in navolging van Lakatos doet. Vgl. Feyerabend, o.c., p. 162-163.

5.3 Europees privaatrecht

Een derde en laatste argument voor een gefragmenteerd contractenrecht ontleen ik niet aan de (rechts)filosofie, maar aan een in politieke zin gewenste ontwikkeling, namelijk de Europese eenwording. Deze heeft de behoefte aan een uniform Europees privaatrecht aanzienlijk gevoed: werkelijke economische integratie kan slechts plaatsvinden indien de handel niet wordt belemmerd door divergerend privaatrechtelijke regels in de lidstaten. Het Europees Parlement heeft dan ook opgeroepen tot het maken van een Europees Burgerlijk Wetboek. Voor het contractenrecht zijn inmiddels zelfs *Principles of European Contract Law* opgesteld.¹⁵⁹

De weg die volgens de meesten moet worden gevolgd om dit nieuw *ius commune* te bereiken, is de centralistische: de nieuwe regels zouden van bovenaf moeten worden opgelegd door een orgaan van de Europese Unie. Evident is dat de regels dan wel zoveel mogelijk de grote gemene deler dienen te zijn van het recht in de afzonderlijke lidstaten. Zimmermann, een van de grootste pleitbezorgers van een nieuw Europees privaatrecht, zingt daartoe de lof van het in dit preadvies geschetste proces van steeds verdergaande generalisering in het verbintenissenrecht.¹⁶⁰ Dankzij de abstrahering van details, zijn in veel Europese landen dezelfde algemene regels boven komen drijven; die *zijn* in wezen reeds deel van een nieuw *ius commune*. Andere gemeenschappelijke beginselen kunnen worden gevonden. Op deze wijze komt het Europees privaatrecht dus tot stand door een *nog* verdergaande abstrahering, ditmaal ook van het, dan als 'toevallig' te beschouwen, recht van de nationale staten.

Mijns inziens is voortgaan langs deze weg niet geschikt om het gewenste doel te bereiken. Met iedere abstrahering wordt immers nationale diversiteit teniet gedaan. Legrand wijst terecht op de onmogelijkheid van een Europees Burgerlijk Wetboek nu eventuele uniforme regels toch in de sociaal-culturele werkelijkheid van de afzonderlijke landen verschillend zullen worden toegepast. Ook hier geldt dat algemene uniforme begrippen en beginselen nietszeggend zijn zonder een uniforme moraliteit.¹⁶¹ Ik zou evenwel menen dat een Europees privaatrecht wel degelijk kan ontstaan, maar *niet* langs de weg van generalisering van regels in een wetboek.

De door mij voorgestane weg¹⁶² neemt als uitgangspunt wat ik eerder heb verwoord: weliswaar is de *beschrijving* van het nationale contractenrecht 'dun', maar zijn rechters in het algemeen wel dergelijk in staat om een juiste uitkomst te bereiken doordat de dubbele structuur van efficiency en verdelende rechtvaardigheid tot een specifiek nationaal wankel evenwicht heeft geleid, dat geheel in overeenstemming is met de in elk afzonderlijk land bestaande sociale en economische situatie.¹⁶³ De rechter komt zo deels onbewust tot een aanvaardbaar resultaat omdat hij zelf deel is van die nationale cultuur. Zouden nu abstracte 'Europeesrechtelijke' normen worden geformuleerd, dan zou dat eerder *in de weg staan* aan de ontwikkeling van een Europees privaatrecht omdat de rechter zijn nationale kennis moet inruilen voor abstracte normen die hij heeft toe te passen in een Europese juridische cultuur die hij waarschijnlijk niet kent en die misschien niet bestaat. In elk geval worden de subtiliteiten van het nationale recht daardoor geslacht op het altaar der abstracties.

In de ook door mij aangehangen wens een Europees privaatrecht te bewerkstelligen én de onmogelijkheid van een *ius commune* door het enkel opstellen van abstracte regels, zie ik een derde argument voor een gefragmenteerd contractenrecht. Waar unificering immers vooral het belang van de handel dient, moet met name het contractenrecht van de handelsmoraal worden 'geëuropeaniseerd'. Voor het consumentenrecht geldt een ander beginsel, namelijk dat van de sociale rechtvaardigheid. In

¹⁵⁹Zie voor vindplaatsen E.H. Hondius, *Naar een Europees burgerlijk recht*, Lelystad 1993 en voor recente lit. J.M. Smits, *Een Europees privaatrecht als gemengd rechtsstelsel*, NJB 73 (1998), p. 61 v.

¹⁶⁰Bijv. Reinhard Zimmermann, *The Civil Law in European Codes*, in: Carey Miller en Zimmermann (eds.), *The Civilian Tradition and Scots Law*, Berlin 1997, p. 278 v.

¹⁶¹Legrand, *European Legal Systems are not Converging*, o.c. en *Against a European Civil Code*, o.c. (vgl. p. 60: 'What point, then, a unitary text of reference in the absence of a unitary rationality and morality to underwrite and effectuate it?').

¹⁶²Zie ook mijn NJB-bijdrage, o.c., alsmede J.M. Smits, *Bronnen van verbintenis: over pragmatisme en de Anglicisering van het Nederlands verbintenissenrecht*, R&R 26 (1997), p. 213 v.

¹⁶³Vgl. Joerges, o.c., p. 15.

deze pluralistische visie kan het toekomstige Europees contractenrecht in elk geval veel gedetermineerder worden omschreven dan anders zou kunnen geschieden. De behoefte om overeenkomsten met consumenten als deel van *hetzelfde* recht te zien, kan dan hetzij verdwijnen,¹⁶⁴ hetzij worden omgezet in een Europees consumenten(contracten)recht.

De ontwikkeling van een Europees contractenrecht van de handelsmoraal mag bovendien niet geschieden door in geval van tegengestelde meningen (ontvangsttheorie of niet, beperkende werking van de redelijkheid of billijkheid of niet, wel of geen precontractuele aansprakelijkheid?) een midden te zoeken en dat als algemene regel voor te schrijven. Aan dergelijke 'dunne' beschrijvingen hebben rechters die *nieuwe* regels moeten toepassen niet veel. Juist daarom moet de unificatie hier worden bewerkstelligd in de praktijk zelve. Ik bepleit daartoe een pragmatisch *lenen* van regels uit andere rechtsstelsels, zodat geleidelijk een Europees privaatrecht als gemengd rechtsstelsel kan ontstaan.¹⁶⁵

6. De postmoderne toekomst van het privaatrecht

Dat algemene theorie alternatieve visies op de werkelijkheid tezeer reduceert, is in het voorafgaande voor het contractenrecht uiteengezet. Enkel een pluralistisch contractenrecht kan uit de voeten met de huidige pluralistische praktijk. Dat zou ook moeten doordringen tot het juridisch onderwijs, waar in elk geval het belang van het aanleren van de hersenschim van het algemeen contractenrecht, moet worden gerelativeerd.

Een pluralistische rechtsopvatting is overigens niet enkel nodig in het contractenrecht, maar ook op andere onderdelen van het (privaat)recht. Het benadrukken van concrete verschillen en niet het zoeken naar abstracte generaliseringen is de opgave voor de hedendaagse jurist. Of men dat een wisseling van paradigma wil noemen, vind ik minder interessant; noodzaak is *dat* het gebeurt, wil het recht zijn functie in de maatschappij kunnen blijven vervullen. Feyerabend stelt:¹⁶⁶

'A society that is based on a set of well-defined and restrictive rules, so that being human becomes synonymous with obeying these rules, forces the dissenter into a no-man's-land of no rules at all and thus robs him of his reason and his humanity (...). Remove the principles, admit the possibility of many different forms of life'.

Daarmee wordt de idee verlaten dat het recht het meest is gediend met determinatie vooraf van de uitkomst in concreto. Dat is (zo het al mogelijk is) gezien het grote belang dat wij in de huidige samenleving willen hechten aan de omstandigheden van het geval en daarmee aan 'local knowledge' bij de rechter, in elk geval niet wenselijk.¹⁶⁷ Laat het gedetermineerde verleden van het recht plaats maken voor een postmoderne toekomst.

¹⁶⁴Bijv. omdat men dit recht ziet als zozeer beheerst door nationale Staten en de Europese Unie dat het in wezen geen privaatrecht meer is.

¹⁶⁵Zie mijn Een Europees privaatrecht, o.c.

¹⁶⁶Feyerabend, o.c., p. 162-163.

¹⁶⁷Vgl. Geertz, o.c., p. 216: de nabije toekomst 'will be one not of a rising curve of legal uniformity (...), but (...) further particularization. Voor een tegenstem ('the time may be ripe for a revival of a more general jurisprudence'): William Twining, Law in Context, Oxford 1997, p. 149 v.